Der § 397
der Reichsstrafprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt

von

Herbert Smith
Referendar in **Hamburg.**

Rostock.
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei Adlers Erben, G. m. b. H.
1912.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Seinem lieben Freunde

Walter Fallenstein.

Übersicht der benutzten Literatur.

Barbarino, Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen. Würzburg 1902.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Breslau 1895.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Breslau 1900.

Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5. Aufl. Leipzig 1904.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. Vorlesungen, Berlin 1898.

Dalcke, Die deutsche Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1881.

Geyer, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1881.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Bd. I und II. Berlin 1881.

v. Holtzendorff, Franz, Rechtslexikon Bd. III. Leipzig 1881.

v. Holtzendorff, Friedrich, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Bd. II. Berlin 1879.

Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1893.

Keller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1882.

v. Kries, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses. Breslau 1880.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.

Lamm, Das Rechtsmittel der Revision im Strafprozeß. Annalen des Kgl. sächs. Oberappellationsgerichts II. 1881.

Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Herausgegeben vom Reichsjustizamt. Bd. I und II. Berlin 1905.

Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1881.

Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß. 3. Aufl. Berlin 1909.

v. Schwarze, Kommentar zur deutschen Strafprozeßordnung. Berlin 1878.

Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Nördlingen 1889.

Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1878.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.

Voitus, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1877.

Voitus, Kontroversen, betreffend die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Bd. I und II. Berlin 1881, 1882.

Weichert, Grundzüge der Strafvollstreckung. Leipzig 1902.

Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1861/68.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig 1879 ff. (zit. RGE.).

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. München und Leipzig 1879/88 (zit. Rspr.).

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Berlin.

Die Werke sind im Text nach dem Namen des Verfassers, Band und Seitennummer angezogen. Die Kommentatoren nur nach dem Namen des Verfassers, da, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bemerkt ist, die Anmerkungen zu § 397 StPO. gemeint sind.

Die Strafprozeßordnung ist nach den Paragraphen ohne Hinzufügung zitiert.

Einige andere Werke sind suo loco erwähnt.

Inhaltsverzeichnis.

A. **Einleitung.** Seite

§ 1. Das Verhältnis des Prinzips der materiellen Wahrheitserforschung zu dem Prinzip der Rechtskraft 9

§ 2. § 397 im Verhältnis zu den Begriffen der „vorübergehenden" und der „relativen" Rechtskraft . . 12

B. **Geschichte des dem § 397 zugrunde liegenden Rechtsgedankens.**

§ 3. Im römischen und gemeinen Recht 15

§ 4. In den Partikulargesetzgebungen bis zur Reichsstrafprozeßordnung 18

§ 5. § 397 in der Reichstagsjustizkommission . . . 29

C. **Auslegung des § 397.**

I. Seine Voraussetzungen.

§ 6. Aufhebung des Urteils zugunsten eines Angeklagten 35

§ 7. Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes 38

§ 8. Aburteilung aller Komplizen in einem Verfahren durch ein Urteil 43

§ 9. Einheitlichkeit der Tat 48

§ 10. Gravamen commune 50

II. § 11. Die bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eintretenden Folgen 56

III. § 12. § 397 und die Strafvollstreckungsfrage . . 63

IV. § 13. Ausdehnung des § 397 auf die Berufung . 67

D. **Schluß.**

§ 14. Schlußbetrachtung 75

A. Einleitung.

§ 1.

Das Verhältnis des Prinzips der materiellen Wahrheitserforschung zu dem Prinzip der Rechtskraft.

Der oberste Grundsatz eines jeden Strafprozesses ist die Ermittlung materieller Wahrheit; es soll kein Unschuldiger verurteilt werden, kein Schuldiger seiner verdienten Strafe entgehen.

Ein jeder Prozeß bezweckt ferner „die Herstellung definitiv-autoritativer konkreter Gewißheit[1])", d. h. das Urteil als Ergebnis des Prozesses soll zu einer definitiven Entscheidung des konkreten Rechtes führen und damit „finem controversiarum pronunciatione judicis[2])" bewirken. Damit nun das Urteil nicht selbst wieder den Keim dauernder Rechtsungewißheit in sich trägt, muß ihm der Staat von einem bestimmten Zeitpunkte an unbedingt verbindliche Kraft beilegen, so daß die Parteien an dem, was durch das Urteil entschieden ist, nicht mehr rütteln können. Diese Eigenschaft des Urteils, Recht zu schaffen für die abgeurteilte Sache, nennen wir die Rechtskraft, sie macht das Urteil unabänderlich, unumstößlich.

---

[1]) Bülow, Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 64, S. 25.

[2]) L. 1. D. de re iud. 42, 1.

Auf dem Gebiete des Zivilprozesses wurde das Bedürfnis der Rechtskraft der Urteile nie verkannt; für das Strafverfahren aber sprach man seit dem Eindringen des Inquisitionsprozesses im Namen der materiellen Wahrheit dem Prinzip der Rechtskraft jede Geltung ab. Dem Rechte des Staates und des Beschuldigten, die Unrichtigkeit der Urteilsgrundlagen nachzuweisen, glaubte man eine zeitliche Grenze nicht ziehen zu dürfen, „da die Wahrheit an keine Termine gebunden sein könne".

Heute wird im Interesse einer geordneten Rechtspflege die Notwendigkeit allseitig anerkannt, den Urteilen, die unter Beobachtung aller vom Gesetzgeber zur Erreichung materieller Wahrheit aufgestellten Kautelen — wie z. B. Möglichkeit der Nachprüfung des Ergebnisses der ersten Verhandlung in einem neuen Verfahren in einer höheren Instanz — gefällt sind, durch Anerkennung ihrer Rechtskraft, die ihnen zukommende Autorität zu verleihen. „Mag die Rennbahn, die das Urteil durchlaufen soll, noch so lang sein; irgendwo muß doch Halt gemacht werden — irgendwo doch die Rechtskraft eintreten — irgendwo muß es mit den Zögerungen, Prüfungen, Berufungen ein Ende nehmen. Sonst würde man über dem Streben nach einer unerreichbaren absoluten Gerechtigkeit die Verwirklichung der einzig möglichen, endlichen und beschränkten Gerechtigkeit aufgeben[1])."

Das Institut der Rechtskraft ist jedoch ein zwei-

---

[1]) Berner, Goltdammers Archiv Bd. III, S. 473.

schneidiges Schwert, und wie alle menschlichen Einrichtungen nicht frei von Mängeln. Trotz aller zur Wahrung der Gerechtigkeit getroffenen Vorkehrungen kann ein Urteil rechtskräftig werden, dessen inhaltliche Unrichtigkeit sich später herausstellt. Es lassen sich hier Fälle denken, bei denen die ausnahmslose Durchführung des Grundsatzes der Rechtskraft als ein schwerer Verstoß gegen die materielle Wahrheitserforschung erscheinen würde.

Da in solchen Fällen die beiden Prinzipien, das der materiellen Wahrheit und das der Rechtskraft, mit einander in Widerspruch treten, liegt dem Gesetzgeber die schwierige Aufgabe ob, die Grenze der Geltung zwischen beiden zu ziehen. Er wird sich hierbei stets vor Augen halten müssen, daß die Möglichkeit eines objektiv ungerechten Urteils in der Regel als das kleinere Übel zu erachten ist im Verhältnis zu der Rechtsunsicherheit, die schon infolge allzu vieler Durchlöcherungen des Grundsatzes der Rechtskraft eintreten würde[1]).

Nur in Ausnahmefällen darf daher das Prinzip der Rechtskraft zugunsten der materiellen Wahrheit durchbrochen werden.

Das Angriffsmittel gegen rechtskräftige Urteile bietet die Strafprozeßordnung in dem Antrag auf Wieder-

---

[1]) Kries, S. 702, macht mit Recht darauf aufmerksam, daß das Bedürfnis für die Rechtskraft für den Einzelfall viel weniger einleuchtet, und seine Notwendigkeit nur im Wege der allgemeinen Betrachtung erkannt werden könne. Die Gefahr liege daher nahe, das Prinzip der Rechtskraft zu häufig zu durchbrechen, da die Folgerichtigkeit fordere, weiter und weiter zu gehen.

aufnahme des Verfahrens, dessen Zweck die Ausgleichung der formellen und materiellen Gerechtigkeit ist. Da durch dieses Angriffsmittel ein rechtskräftiges Urteil als nichtig bekämpft und aufgehoben werden kann, hat man den Begriff der „vorübergehenden Rechtskraft" aufgestellt[1]).

§ 2.

§ 397 im Verhältnis zu den Begriffen der „vorübergehenden" und der „relativen" Rechtskraft.

Der Begriff der vorübergehenden Rechtskraft steht im Gesetz zur dauernden Rechtskraft, welche da vorliegt, wo das Strafverfahren kein Mittel kennt, rechtskräftige Urteile aus der Welt zu schaffen. Der Ausdruck „vorübergehende" Rechtskraft ist nicht glücklich gewählt und erhält eine contradictio in adjecto, insofern als die Rechtskraft prinzipiell eine definitive bleibende Eigenschaft des Urteils sein muß.

Abgesehen von den Fällen, in denen infolge eines zulässigen Wiederaufnahmeverfahrens der Dauer der Rechtskraft Grenzen gezogen sind, gibt es in der Reichsstrafprozeßordnung noch einen Fall einer vorübergehenden Rechtskraft[2]), der gleichfalls dem Konflikte zwischen den Prinzipien der materiellen Wahrheit und der Rechtskraft entsprungen ist: Dies ist die Bestimmung

---

[1]) Birkmeyer, S. 678; Geyer, S. 836; Zachariae, II., S. 654.

[2]) Birkmeyer wirft auf S. 679 K. 23 nur die Frage auf, ob § 397 nicht auch den Fällen einer vorübergehenden Rechtskraft zuzuzählen sei, ohne sie jedoch zu beantworten. Vgl. Löwe zu § 481, sub IV.

des § 397, wonach in der Revisionsinstanz im Falle der nur von einem unter mehreren Mitangeklagten eingelegten Revision die wegen materieller Rechtsverletzung zugunsten des Revidenten erfolgende Aufhebung des Urteils ihre Wirkung auch zugunsten der Nichtrevidenten äußern kann[1]).

§ 397 soll die materielle Ungerechtigkeit verhüten, die entstehen würde, wenn eine verschiedene Entscheidung gegenüber einzelnen Angeklagten bei gleicher Sachlage, insbesondere bei objektiver Konnexität, zwischen den verschiedenen zusammenhängenden Strafansprüchen lediglich aus prozessualen Gründen erfolgen würde[2]). Das Revisionsgericht wird in einem derartigen Falle angewiesen, unter Außerachtlassung der gegenüber dem Nichtrevidenten schon eingetretenen Rechtskraft des vorinstanzlichen Urteils so zu erkennen, als ob die übrigen Mitangeklagten ebenfalls die Revision eingelegt hätten.

Man hat die Vorschrift des § 397 vielfach als eine Durchbrechung des Begriffes der relativen Rechtskraft zugunsten der mitbeschuldigten Teilnehmer an einem Delikte hingestellt[3]). Dieser Begriff ergibt sich aus folgender Betrachtung: Alle an dem Prozeß beteiligten Personen sind in der Lage, das Urteil durch Rechtsmittel anzufechten (§§ 338, 430, 437, 441 StPO.). Durch

---

[1]) Rosenfeld, S. 229, nennt die langatmige Vorschrift des § 397 kurz die „Revisionserstreckung", ein Ausdruck, der sich aber bis jetzt in der Literatur noch nicht eingebürgert hat.

[2]) Birkmeyer, S. 115.

[3]) Birkmeyer, S. 678; Rosenfeld, S. 229; Glaser in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3, S. 286.

Einlegung der Rechtsmittel wird gemäß §§ 357, 383 StPO.) die Rechtskraft des Urteils nur gehemmt, insoweit dasselbe angefochten ist; der Inhalt des Urteils hat also sowohl für diejenigen, welche kein Rechtsmittel eingelegt haben, als auch für die anfechtende Partei selbst in denjenigen Beziehungen, in welchen eine Anfechtung nicht erfolgt ist, schon jetzt als unabänderlich zu gelten. Das Urteil ist also relativ rechtskräftig im Gegensatz zu der absoluten Rechtskraft, die erst dann eintritt, wenn für alle Beteiligten eine Abänderung des Urteils nicht mehr möglich ist.

Prima facie könnte man allerdings geneigt sein, auch in dem Falle, daß nur einer von mehreren Angeklagten ein Rechtsmittel einlegt, wie § 397 es zur Voraussetzung hat, von einer relativen Rechtskraft des Urteils den Nichtrevidenten gegenüber zu sprechen. Eine derartige Betrachtungsweise haftet aber zu sehr an Äußerlichkeiten und verkennt, daß die gemeinsame Aburteilung mehrerer Angeklagten in einem Verfahren doch nur auf prozessualen Zweckmäßigkeitsgründen beruht. Das am Schlusse ergehende e i n e Urteil enthält die Feststellung mehrerer dem Staate den einzelnen Angeklagten gegenüber zustehenden Strafansprüche und in Wahrheit so viele Einzelurteile, als Angeklagte vorhanden sind. Mit der Formalisierung der Strafansprüche gegen den einzelnen entfällt die ganze Verbindung der mehreren Sachen in einem Verfahren[1]); die völlig selbstständigen Einzelurteile können zu gleicher Zeit oder getrennt rechtskräftig werden, ohne daß eine relative

[1]) Ullmann, S. 644.

Rechtskraft im eigentlichen Sinne eintritt[1]). Legt also z. B. nur der Täter A, nicht aber sein Gehilfe B ein Rechtsmittel ein und die Staatsanwaltschaft gegen keinen von beiden, so ist das Urteil in Beziehung auf A relativ und in Beziehung auf B absolut rechtskräftig. Infolge der singulären Vorschrift des § 397 ist diese absolute Rechtskraft des Urteils gegenüber dem Gehilfen B unter gewissen Voraussetzungen allerdings nur eine „vorübergehende".

B. Geschichte des dem § 397 zugrunde liegenden Rechtsgedankens.

§ 3.

Im römischen und gemeinen Recht.

Der in dem § 397 StPO. zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke wurzelt im römischen Recht. Seine Herkunft ist allerdings in neuerer Zeit in Vergessenheit geraten.

Ein das Rechtsmittelverfahren schon damals beherrschender Grundsatz ist der, daß ein Urteil nur insoweit aufgehoben werden kann, als es angefochten ist; die Aufhebung eines Erkenntnisses kann in der Regel daher nur denjenigen von mehreren Mitangeklagten zu gute kommen oder zur Last fallen, bezüglich derer sie beantragt ist. So heißt es L. 3, § 2 D. 49, 1 de appellationibus et relationibus:

Certe si plures hi sunt, adversos quos pronuntiatur, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa,

[1]) Barbarino, S. 30.

quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa.

Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen, die im Hinblick auf das im Strafprozeß herrschende Streben nach Erzielung einer der wahren Sachlage entsprechenden Entscheidung geboten erscheinen:

a) L. 10 § 4 D 49, 1.

Quod est rescriptum in communi causa, quotiens alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, si una eademque causa fuit defensiones: ceterum si diversae, alia causa est. Ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat et is qui non gesserat provocavit: iniquum est enim, qui idcirco adgnoverat sententiam, quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat obtinere

und b) L. 1, 2 C VII 68.

Si unus ex pluribus appellaverit:

Imp. Alexander A. Licinio:

Si iudici probatum fuerit unam eandemque condemnationem eorum quoque, quorum appellatio iusta pronuntiata est, fuisse nec diversitate factorum separationem accipere, emolumentum victoriae secundum ea quae constituta sunt ad te quoque pertinere non ignorabit.

Idem A. Sereno:

Si in una eademque causa unus appellaverit eiusque iusta appellatio pronuntiata est, ei quoque prodest, qui non appellaverit. Quod si aetatis auxilio

unus contra sententiam restitutionem impetravit maiori, qui suo iure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest.

Hat also von mehreren in derselben Strafsache Verurteilten nur einer appelliert, so muß eine ihm vorteilhafte Abänderung des Erkenntnisses auch auf die übrigen Komplizen erstreckt werden, falls die von dem Appellanten vorgetragenen Gründe auch ihnen zu statten kommen, und „durch den Grund der Entscheidung in untrennbarer Weise die Basis des gegen sie ergangenen Urteils zerstört wird[1])“: „Si una eademque causa fuit defensionis“, „nec diversitate factorum separationem accipiunt“. Diese Ausnahmebestimmungen würden also z. B. dann Platz greifen, wenn nach dem Ausspruch des Rechtsmittelgerichts die fragliche Handlung gar nicht strafbar ist oder die Existenz der inkriminierten Tat gänzlich negiert wird. Spricht dagegen das Obergericht aus individuellen, die übrigen gar nicht berührenden Gründen (z. B. propter aetatem) den Appellanten frei, oder verurteilt es ihn zu einer milderen Strafe, so kann von einer Abänderung des Erkenntnisses zugunsten derjenigen, die sich bei dem ergangenen Urteile beruhigt haben, keine Rede sein.

Die zitierten römischen Bestimmungen fanden auch auf den gemeinen deutschen Strafprozeß Anwendung[2]).

[1]) Zachariae, Bd. II, S. 582.

[2]) Tittmann, Handb. d. Strafr. Wiss., Halle 1824, III., S. 638; Müller, Lehrb. d. teutschen gemeinen Kriminalproz., Braunschw. 1837, S. 519; Bauer, Lehrb. d. Str. Proz., Gött. 1848, S. 180; Mittermaier, Das deutsche Strafverf., Heidelbg. 1846, II., S. 623; Martin, Lehrb. d. teutschen gem.

Zachariae[1]) folgert daraus, daß ein Richter höherer Instanz, auch wenn nur ein Teil der Mitangeklagten appellieren sollte, in keiner Weise durch das Urteil der Vorinstanz, selbst nicht in betreff der Existenz oder Nichtexistenz des Verbrechens, gebunden ist, daß es bezüglich der Nichtappellanten bei der Auffassung des Vorderrichters sein Bewenden behalten müsse; später (Bd. II, S. 582, Anm. 12) berichtigt er seine Auffassung und beschränkt sich auf die Behauptung, daß ein Urteil erster Instanz nicht zum Nachteil der Nichtappellanten geändert werden dürfe. Abegg[2]) übersieht offenbar die Handhabe, die schon das positive römische Recht zur Vermeidung eines unharmonischen Ergebnisses bietet, wenn er für solche Fälle, wo die günstigere Beurteilung des einen Appellanten auch den übrigen Nichtappellierenden zugute kommen müßte, zur Versöhnung des materiellen Rechts nur auf das Mittel der Begnadigung verweist und die Einführung einer alle Beteiligten umfassenden notwendigen Revision empfiehlt.

§ 4.

In den Partikulargesetzgebungen bis zur Reichsstrafprozeßordnung.

Gesetzgeberisch wurde der den römischen Quellenstellen zugrunde liegende Gedanke zum ersten Male

---

Krim. Proz., Leipzig. 1857, S. 499, Anm. 17; Zachariae, Handb. d. deutschen Str. Proz., Gött. 1861, II., S. 582.

[1]) Bd. II, S. 89, Anm. 23.

[2]) Abegg, Bem. über d. rechtl. Erf. verhältnismäßig gleicher Behandlung versch. Übertreter desselben Strafges. Arch. d. Krim.-Rechts 1835, S. 150 ff.

wieder verwertet in einem Schwarzburg-Sondershausenschen Gesetze über Rechtsmittel vom 9. Februar 1837, wo es im § 24 heißt:

„Selbst wenn nur einer von mehreren Beteiligten gegen dasselbe Erkenntnis ein Rechtsmittel eingewendet hat, die Gründe des letzteren aber auch den übrigen zustatten kommen, so muß das Urteil hinsichtlich dieser gleichfalls abgeändert werden."

Die zahlreichen seit 1848 erscheinenden Strafprozeßordnungen der deutschen Einzelstaaten nehmen durchweg zu der uns beschäftigenden Frage keine Stellung. Mit Recht bemerkt Planck[1]), daß die singulären Bestimmungen des römischen Rechtes für den Fall: Si una eademque causa fuit defensionis aber nicht ohne positiv-rechtliche Bestimmung angewendet werden können. Die Regel ist also die: ein gegen das gemeinsame Urteil von einem Verurteilten erhobene Rechtsmittel nützt nur ihm selbst im Falle des Siegs; für die übrigen ist das Urteil rechtskräftig.

Zu dieser Auffassung bekennt sich ausdrücklich die bayrische Strafprozeßordnung vom 10. November 1848 im Art. 250: „Hat von mehreren durch ein und dasselbe Straferkenntnis Verurteilten der eine oder der andere das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so ist, wenn die Beschwerde gegründet gefunden wird, das Urteil nur insoweit, als es den Beschwerdeführer betrifft, zu vernichten."

Zur Rechtfertigung dieser dem Formalismus die-

---

[1]) Planck, Deutsches Strafverfahren, Gött. 1857, S. 635.

nenden Bestimmung, wonach ein für nichtig erkanntes Urteil für einen der mehreren dadurch Verurteilten wirksam bleiben soll, wenn derselbe keine Nichtigkeitsbeschwerde gegen dasselbe erhoben hat, führt v. Scheurl[1]) schon im wesentlichen alle die Gründe ins Feld, die auch später wieder zur Bekämpfung des § 397 Reichsstrafprozeßordnung vorgebracht werden:

Art. 250 folge mit Notwendigkeit aus dem Grundsatze der Verzichtbarkeit auf das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und aus dem Gesichtspunkte, daß das Gesetz nur eine relative, keine absolute Nichtigkeit der Urteile anerkenne. Auch könne die Vorschrift nur insofern nicht wohl zu einer wirklichen Ungerechtfertigkeit führen, weil es bei der Leichtigkeit, die Nichtigkeitsbeschwerde zu ergreifen, kaum denkbar sei, daß ein Verurteilter, der sich durch das Erkenntnis wirklich beschwert fühle, die Anfechtung desselben versäumen sollte. Sollte aber dieses dennoch vorkommen, so würde auch noch ein Begnadigungsantrag abhelfen können. Umgekehrt dagegen könne sogar zuweilen eine große Härte darin liegen, daß man das nur von einem der Verurteilten angefochtene Urteil auch in Beziehung auf die übrigen vernichte, indem diese dadurch wider ihren Willen gezwungen werden könnten, sich einer nochmaligen gerichtlichen Verhandlung zu unterwerfen, und zwar vielleicht ohne dadurch zu einer milderen Strafe zu gelangen.

---

[1]) A. v. Scheurl, Erläuternde Anmerkungen zu der neuen Strafprozeßordnung für das diesrheinische Bayern auf Grundlage der ständischen Ausschußverhandlungen zu Art. 250.

Allerdings hat sich die Theorie und Praxis über den im Art. 250 enthaltenen Formalismus in besonders krassen Fällen hinwegsetzen zu müssen geglaubt, um unharmonische Ergebnisse vermeiden zu können. So bemerkt Walther[1]), daß mit Recht die Kassation auch ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes ausnahmsweise auf solche Verurteilte ausgedehnt werden müsse, welche die Nichtigkeitsbeschwerde nicht erhoben haben, wenn der Kassationshof findet, daß die Handlung, wegen derer die Verurteilung ergangen, gar nicht oder nur polizeilich strafbar sei. Zwei Erkenntnisse des bayrischen Kassationshofes[2]) sprechen aus diesem Grunde die Rückwirkung der Vernichtung auf jene Genossen, welche kein Rechtsmittel ergriffen haben, bezüglich der Verweisungsbeschlüsse aus; dasselbe, bemerkt Walther (a. a. O.), muß aber natürlich auch für die Endurteile gelten.

Also nur, wenn ein Angeklagter zu einer Strafe verurteilt wurde, während nach der Ansicht des Kassationshofes Freisprechung von der Strafe am Platze gewesen wäre, erstreckt sich die Urteilskassation und Freisprechung auch auf diejenigen Verurteilten, welche die Nichtigkeitsbeschwerde nicht erhoben haben. In allen andern Fällen bleibt es bei der Vorschrift des Art. 250. Man wird jedoch ohne weiteres zugeben, daß der Vorschrift bei einer derartigen, allerdings ziemlich

---

[1]) Walther, Lehrb. d. bayr. Str.-Proz.-R., München 1859, S. 444.

[2]) Zeitschr. f. Gesetzgbg. u. Rechtspfl. d. Kgr. Bayern, Bd. I, S. 123, 281.

willkürlich beschränkten Anwendung jedes Anstößige genommen ist. In dem bayrischen Entwurfe zu einer neuen Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1870 ist denn auch eine dem Art. 250 analoge Bestimmung getroffen (Art. 411), und im Art. 456 der bisherigen Praxis des bayrischen Kassationshofes bezüglich der Verweisungsbeschlüsse Rechnung getragen worden.

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt die österreichische Strafprozeßordnung vom 29. Juni 1853 ein, die von dem Grundsatze beherrscht wird, daß alle höheren Strafgerichte bei jeder von wem immer angebrachten Berufung verpflichtet sind, jedes irgend jemandem von einer Vorinstanz zugefügte, wie immer geartete Unrecht von Amtswegen aufzuheben, auch wenn der Bedrückte gar nicht darum ansucht. So lautet der von der Berufung gegen die Beschlüsse über das abgeschlossene Untersuchungsverfahren handelnde § 210:

„Überhaupt hat das Oberlandesgericht bei jeder ihm vorgelegten Berufung zu prüfen, ob der Vorgang und die Entscheidung des unteren Richters in allen Beziehungen gesetzmäßig war und, wenn es eine Abänderung des unterrichterlichen Beschlusses zugunsten eines Beschuldigten im Gesetze gegründet findet, dieselbe von Amtswegen auch hinsichtlich derjenigen Punkte und Beschuldigten zu verfügen, hinsichtlich welcher keine Berufung stattgefunden hat."

Für die Berufung gegen Enderkenntnisse gilt nach §§ 304, 310 dasselbe.

Diese von jeder Berufungsbehörde von Amtswegen

zu verfügende Abänderung der unterrichterlichen Erkenntnisse zugunsten eines Beschuldigten findet demnach sowohl in bezug auf jene Punkte des vorinstanzlichen Urteils statt, wider welche die Berufung nicht gerichtet war, als auch in bezug auf jene Beschuldigten, die keine Berufung ergriffen haben. Wenn daher ein Urteil wegen mehreren strafbaren Handlungen desselben Angeklagten erfolgt ist, und die Berufung nur gegen das Urteil über die eine strafbare Handlung gerichtet war, so könnte das Obergericht dasselbe doch auch hinsichtlich der übrigen strafbaren Handlungen zum Vorteile des Angeklagten abändern. Ebenso könnte das Obergericht ein rücksichtlich mehrerer Angeklagten ergangenes Urteil zum Vorteile aller abändern, obwohl nur der eine Angeklagte dagegen die Berufung ergriffen hat[1]). Sobald also von irgend einer Seite ein Rechtsmittel eingelegt ist, tritt eine alle und alles umfassende Offizialprüfung des gesamten Verfahrens durch das Obergericht ein! Denn nach dem klaren Wortlaute der §§ 304, 310 in Verb. m. § 210 ist das Oberlandesgericht bezw. der oberste Gerichtshof gegebenenfalls von Amtswegen verpflichtet, zurückwirkend nicht bloß das unterrichterliche Enderkenntnis und die vorhergegangene mündliche Schlußverhandlung, sondern sogar den Anklagebeschluß und bezw. das ungesetzlich eingeleitete Spezialuntersuchungsverfahren

---

[1]) Vgl. v. Hye-Glunek, Die leitenden Grundstäze der österr. Strafproz.-Ord. v. 19. Juni 1853, S. 254—256, der zu § 210 eine Reihe anschaulicher, die Fülle der Kombinationen, zu der der Paragraph Anlaß gibt, kennzeichnender Beispiele bringt.

aufzuheben, und nachträglich zu erkennen, daß ein solches gar nie hätte stattfinden können[1]).

Die jetzt geltende österreichische Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 hat die Offizialprüfung im Rechtsmittelverfahren wieder aufgegeben und ist zu der von fast allen Prozeßordnungen angenommenen Vermutung zurückgekehrt, daß die Verfügungen und Entscheidungen der Staatsorgane für die Rechtspflege formell und materiell richtig seien, daher auch nur insoweit vernichtet werden können, als sie angefochten und als unrichtig aufgezeigt werden:

„Der Kassationshof hat sich auf die vom Beschwerdeführer ausdrücklich oder doch durch deutliche Hinweisung geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu beschränken (§ 290)."

Um die sich bei folgerichtiger Durchführung dieser Regel ergebenden Unbilligkeiten zu vermeiden, heißt es im § 290 weiter:

„Überzeugt er (d. h. der Kassationshof) sich jedoch aus Anlaß einer von wem immer ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, daß zum Nachteile des Angeklagten das Strafgesetz unrichtig angewendet worden sei (§ 281 Ziff. 9—11), oder daß dieselben Gründe, auf welchen seine Verfügung zugunsten eines Angeklagten beruht, auch einem Mitangeklagten zustatten kommen, welcher die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ergriffen hat, so hat er von Amtswegen so vorzugehen, als wäre der in Frage kommende Nichtigkeitsgrund geltend gemacht worden."

---

[1]) v. Hye-Glunek, a. a. O., S. 350 Anm.

In diesem Nachsatze werden also von vorstehender Regel zwei Ausnahmen getroffen: a) zugunsten des Angeklagten, der die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen hat; b) zugunsten des Mitangeklagten, der die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ergriffen hat. Nur der letztere Fall kann uns hier interessieren.

§ 290 unterscheidet zwischen der unrichtigen Anwendung des Strafgesetzes und anderen Anfechtungsgründen. Jene ist unter allen Umständen zu berücksichtigen, sobald die der Rechtsmittelinstanz aus Anlaß eines von wem immer ergriffenen Rechtsmittels bekannt wird, sie mag auch von keiner Seite gerügt sein und nur e i n e n Angeklagten betreffen; andere Anfechtungsgründe finden jedoch nur dann Beachtung, wenn sie in gleicher Weise Revidenten wie Nicht-Revidenten zustatten kommen. Dem Nichtrevidenten kann also z. B. dann nicht geholfen werden, wenn die Rechtsmittelinstanz eine nur ihn benachteiligende Formverletzung feststellt.

Zu erwähnen wäre noch § 295 der österreichischen Strafprozeßordnung, der die Bestimmung enthält, daß, wenn der Gerichtshof zweiter Instanz in Berufungssachen[1]) die Strafe zugunsten eines Angeklagten aus Gründen herabsetzt, die auch andern Mitangeklagten zustatten kommen, er von Amtswegen so vorzugehen hat, als hätten auch diese Mitangeklagten die Berufung ergriffen[2]). In einer dem § 290 analogen Weise hat das

[1]) Wann die Berufung zulässig ist, bestimmt § 283.

[2]) U l l m a n n, Lehrb. d. österr. Strafprozeßordnung, Innsbruck 1882, 2. Aufl., S. 761.

Berufungsgericht in Übertretungssachen vorzugehen (§ 477).

Das durch die österreichische Strafprozeßordnung von 1853 in § 210 gegebene Beispiel fand nur in Sachsen und Württemberg Nachahmung[1]), wenn auch in weniger radikaler Form.

Die sächsische Strafprozeßordnung vom 11. August 1855 bestimmt in Art. 247:

„Ist die Nichtigkeitsbeschwerde von einem oder einigen unter mehreren Angeschuldigten erhoben worden, so hat das Oberappellationsgericht, wenn es sie für begründet erachtet, zu prüfen, ob auch in betreff der übrigen Angeschuldigten, wenn sie dieselbe Beschwerde erhoben hätten, eine ihnen günstige Entscheidung zu erteilen gewesen wäre und, bejahendenfalls, auch zu deren Gunsten, gleich als ob sie selbst die Beschwerde mit erhoben hätten, das nötige zu erkennen.

Dasselbe gilt von einer seitens der Staatsanwaltschaft zugunsten eines von mehreren Angeschuldigten eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. auch Art. 351, Abs. 2).

In der württembergischen Strafprozeßordnung vom 17. April 1868 heißt es im Art. 456:

„Sollte die Prüfung der Beschwerde[2]) des Beschuldigten ergeben, daß auch Mitbeschuldigte im Falle einer gegen das Erkenntnis geltend gemachten gleichen

---

[1]) Unrichtig ist die Angabe von Schwarze in Holtzendorffs Handb. d. Strafproz.-R. Bd. II, S. 319, daß auch Bayern eine gleiche Bestimmung hatte.

[2]) Gemeint ist die Nichtigkeitsbeschwerde.

Beschwerde eine günstige Endentscheidung hätten erwarten dürfen, so hat sich das Urteil des Gerichtshofs auch auf den jene betreffenden Teil des Erkenntnisses zu erstrecken."

Die Motive der beiden Strafprozeßordnungen rechtfertigen die hierin liegende wesentliche Abweichung von den anderwärts getroffenen Vorschriften über die Richtung der Entscheidung des Kassationshofes mit Billigkeitserwägungen.

Das sächsische Oberappellationsgericht hat wiederholt Gelegenheit gehabt, sich mit Art. 247 zu befassen[1]); v. Schwarze macht darauf aufmerksam, wie vorzüglich sich die Bestimmung in der Praxis bewährt habe[2]). Der im Art. 247 nur bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde ausgesprochene Rechtsgedanke schien dem Oberappellationsgericht so glücklich, daß es ihn auch auf die übrigen Rechtsmittel (Berufung, Einspruch) analog anwenden zu müssen glaubte, eine zwar verständliche, aber bei dem Fehlen jeder positiv rechtlichen Vorschrift doch etwas gewagte Übertragung[3]). Ebenso bedenklich ist das Erkenntnis, daß bei einer gegen ein zweitinstanzliches Urteil von einem Angeklagten eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde die ihm günstige Entscheidung sogar auf einen Mitangeklagten zurückwirken

---

[1]) Vgl. Allg. Ger.-Ztg. f. d. Kgr. Sachsen v. Schwarze, S. 1857, Bd. IV, S. 343, V., S. 28 und S. 144; Ann. d. Kgl. Sächs. Oberappellationsger. zu Dresden seit 1859, Bd. II, S. 285, 417, 556, Bd. III, S. 176.

[2]) v. Schwarze in Holtzendorffs Handb. II, S. 319.

[3]) v. Schwarze, Ger.-Ztg. Bd. IV, S. 343, Bd. V, S. 28.

kann, der sich schon bei dem ersten Urteile beruhigt hatte[1]).

Für die Anwendbarkeit der Bestimmung der sächs. Strafprozeßordnung ist es einflußlos, ob das Oberapellationsgericht die Verletzung einer materiell-rechtlichen oder einer prozessualen Norm feststellt. Auch die württembergische Bestimmung unterscheidet nicht ausdrücklich; doch kommen für die Anwendbarkeit des Art. 456 in Wirklichkeit nur materiell rechtliche Verstöße in Betracht. Dies ergibt sich daraus, daß, während die sächsische Vorschrift nur von einer „günstigen Entscheidung" spricht, die württembergische Bestimmung eine „günstige E n d entscheidung" verlangt. Günstig ist eine Entscheidung im Sinne des sächsischen Art. 247 schon dann, wenn durch dieselbe die bereits erfolgte Verurteilung der Angeklagten nochmals in Frage gestellt wird[2]). Der württembergische Art. 456 verlangt mehr; wie B i e r e r[3]) richtig bemerkt, kann er nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Grund der Vernichtung in dem I n h a l t d e s U r t e i l s liegt und eine dem Verurteilten günstigere Entscheidung zu erlassen ist[4]), da bei V e r n i c h t u n g d e s V e r f a h r e n s sich niemals im voraus ermessen läßt, ob das neue Verfahren zu einer für den Verurteilten günstigeren Endentscheidung führen wird.

---

[1]) Ann. d. O. A. G. Dresden III, S. 176.

[2]) So Ann. d. O. A. G. Dresden, N. F., Bd. IX, S. 320, Nr. 15.

[3]) B i e r e r, Komm. z. ZPO. v. 17. 4. 1868, S. 316.

[4]) Vgl. Art. 451 daselbst.

§ 5.

§ 397 in der Reichstagsjustizkommission[1]).

Als man an die Aufgabe herantrat, das Strafverfahren reichsgesetzlich zu regeln, war also der Stand der Gesetzgebungen zu der Frage, ob eine einem Angeklagten günstige Entscheidung infolge eines von ihm oder für ihn mit Erfolg eingelegten Rechtsmittels unter Umständen auch auf Mitangeklagte zurückwirken könne, die an dem Rechtsmittelverfahren gar nicht mehr beteiligt waren, der:

Bayern verneint ausdrücklich; Schwarzburg-Sondershausen, Österreich, Sachsen und Württemberg lassen die Möglichkeit zu; die Strafprozeßordnungen der übrigen Staaten schweigen.

Den letzteren trat auch der im Reichstag am 29. Oktober 1874 vorgelegte Entwurf einer Strafprozeßordnung bei. Dieser Regierungsentwurf wurde am 26. November 1874 zufolge Abstimmung am Schlusse der ersten Lesung einer Kommission von 28 Mitgliedern überwiesen.

---

[1]) Wenn man sich auch im allgemeinen vor allzu eingehender Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien hüten muß und stets im Auge behalten, daß die den Gesetzgeber bestimmenden Gründe nicht immer für die Auslegung dienlich sind, insofern nicht der Wille, sondern nur der erklärte Wille des Gesetzgebers entscheidet, daß ferner die parlamentarische Beratungsart nur selten einen sichern Schluß von einzelnen der Auslegung dienlichen Äußerungen auf den Gesamtwillen der gesetzgebenden Gewalten zuläßt, so wird sich doch gerade für die Interpretation des § 397 und zur Klärung der sich an ihn anknüpfenden Streitfragen eine kurze Darstellung seiner parlamentarischen Schicksale empfehlen.

In der 74. Sitzung[1]) dieser Kommission brachte der Abgeordnete v. Schwarze folgenden Zusatz zum ursprünglichen § 319 (jetzt § 398 StPO.) in Vorschlag:

„Betrifft die Gesetzesverletzung noch andere Angeklagte, auf welche das Urteil sich mit erstreckt, so ist zu erkennen, als ob sie gleichzeitig dieses Rechtsmittel rechtzeitig eingewendet hätten."

Dem gegenüber beantragte der Abgeordnete Dr. Bähr: statt „Gesetzesverletzung" zu setzen „Verletzung einer Norm des materiellen Rechts".

Abgeordneter v. Schwarze führte zur Begründung seines Antrages aus: Der in seinem Antrage enthaltene Gedanke habe sowohl in der Wissenschaft als in der Gesetzgebung neuerdings mehrfach Vertretung gefunden. Es sei eine Schädigung der Gerechtigkeit, wenn einer von mehreren Komplizen auf Grund der von ihm allein eingelegten Revision von der Strafe befreit werde, während die übrigen Komplizen, wenn sie dieselbe Revision eingelegt hätten, gleichfalls Freisprechung erlangt haben würden, nunmehr aber die Strafe an ihnen vollstreckt werde. Hier müsse dieWahrung der materielle Gerechtigkeit vor der Befolgung des formalen Satzes von der Rechtskraft den Vorzug haben, und es könne die Gnade allein nicht helfen. Selbstverständlich dürfe die Abänderung in betreff der Komplizen, die selbst zu revidieren unterlassen haben, nie in peius geschehen.

Abgeordneter Dr. Bähr trat dem Antrag Schwarze mit der Beschränkung bei, daß bei der Verletzung von Vorschriften des formalen Rechts eine Abänderung zu-

[1]) Das folgende nach Hahn, Materialien Bd. I, S. 1055 ff.

gunsten der Komplizen nicht stattfinden solle. Die letzteren könnten die Revision wegen Verletzung von Formvorschriften einzulegen unterlassen haben, da sie sich schuldig fühlten.

Für den Antrag Schwarze, ohne den Bährschen Zusatz, traten die Abgeordneten Reichensperger und Eysoldz ein und führten aus (Eysoldt): Der zu verhütende Mißstand könne auch hervortreten, wenn das Urteil gegen einen von mehreren Komplizen auf Grund seiner Revisionen wegen formaler Mängel kassiert und jener im neuen Verfahren freigesprochen werde, und (Reichensperger): die ungleiche Behandlung mehrerer Komplizen machen einen peinlichen Eindruck, und das öffentliche Interesse sei stark beteiligt, daß niemand entgegen den Gesetzen bestraft werde.

Auf Anfrage fügte Abgeordneter v. Schwarze noch erläuternd hinzu, daß sein Antrag eadem causa, gleichsam gravamen commune bei allen Komplizen voraussetze, und daß nicht auch, wenn der Staatsanwalt das Erkenntnis bezüglich eines Komplizen zu dessen Ungunsten mit der Revision anfechte, eine Abänderung zuungunsten der übrigen eintreten dürfe.

Gegen die gestellten Anträge erklärten sich der Geheime Oberregierungsrat Hanauer und die Abgeordneten Struckmann und Thilo.

Ersterer führte u. a. aus: Der Formalismus der Rechtskraft lasse sich im Prozeß nicht entbehren. Der Antrag Schwarze mache die Zulässigkeit der Abänderung der Entscheidung ebenfalls von einem rein formalen Umstande, nämlich davon abhängig, ob zu-

fällig die mehreren Komplizen gleichzeitig und in demselben Prozeß abgeurteilt seien. Sei gegen sie gesondert verhandelt, so werde eine Abänderung der rechtskräftigen Erkenntnisse nach dem Antrag Schwarze nicht möglich sein. Die Konsequenz des letzteren würde dahin führen, daß verschiedene gleich gelagerte Prozesse wieder aufgenommen werden müßten, wenn das Revisionsgericht einen derselben anders entschieden hätte, als in den übrigen rechtskräftigen Sachen von den unteren Instanzen geschehen sei. — Die Aufoktroyierung eines Rechtsmittels lasse sich nicht rechtfertigen, wenn das Urteil bereits die Rechtskraft beschritten und der Angeklagte sich der Strafvollstreckung unterworfen habe.

Die Abgeordneten Struckmann und Thilo äußerten Bedenken in der Hinsicht, daß der Angeklagte, dem man nach dem Antrag Schwarze die Revision aufzwinge, möglicherweise in einigen Fällen ganz gegen seine Interessen und aus für ihn völlig gleichgültigen Gründen einer neuen Prozedur unterworfen würde. Zur Beseitigung schreiender Widersprüche zwischen den Urteilen gegen mehrere Komplizen reiche der Gnadenweg aus.

Der Abgeordnete Wolffson empfahl einen Mittelweg: Man solle den Antrag Schwarze bei der Wiederaufnahme in den Entwurf einfügen, indem man es als Wiederaufnahmegrund bezeichne, wenn ein Mitangeklagter infolge der Revision freigesprochen sei. Dann würde es gleichgültig sein, ob die mehreren Komplizen zufällig gleichzeitig abgeurteilt seien; auch die eingetretene Rechtskraft böte dann kein Bedenken.

Die Kommission hielt jedoch den vom Abgeordneten v. Schwarze vorgeschlagenen Weg für einfacher und schneller und nahm den Antrag Schwarze jedoch in der von Bähr beantragten Änderung an. So entstand der jetzige § 397 StPO. —

Bei der zweiten Lesung des Entwurfes in der 153. Sitzung der Kommission[1]) stellte der Abgeordnete v. Puttkamer den Antrag, unserm Paragraphen folgende Fassung zu geben:

„Erfolgt zugunsten eines Angeklagten die Aufhebung des Urteils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes und erkennt infolge dessen das Revisionsgericht auf Freisprechung dieses Angeklagten oder auf Anwendung eines milderen Strafgesetzes, so sind auch diejenigen Teilnehmer freizusprechen oder zu der entsprechenden milderen Strafe zu verurteilen, bei welchen dieselbe Gesetzesverletzung zutrifft, auch wenn sie die Revision nicht eingelegt haben."

Der Antragsteller bezeichnete den Antrag als in der Hauptsache redaktionell. Dem gegenüber betonte der Geheime Oberregierungsrat Hanauer mit Recht, daß dieser Antrag nicht bloß redaktionell, sondern auch sachlich von dem Beschlusse erster Lesung verschieden sei, insofern der Kommissionsbeschluß nicht bloß dann, wenn das Revisionsgericht auf Freisprechung oder auf Anwendung eines milderen Strafgesetzes erkenne, sondern vielmehr in allen Fällen, also auch dann, wenn

[1]) Hahn, Materialien II, S. 1403.

Zurückverweisung erfolgen müsse, die Aufhebung des ersten Urteils auch auf die Komplizen rückwirken lassen wolle. Da der Kommissionsbeschluß den Regierungen aber zu weit gehe, befürwortete Hanauer, den Paragraphen nur in dieser, im Antrag Puttkamer ausgedrückten sachlichen Beschränkung anzunehmen.

Nachdem sich jedoch die Abgeordneten Becker und v. Schwarze gegen die in dem Antrag enthaltene sachliche Änderung, daß nämlich die Bestimmung nicht zur Anwendung kommen solle, wenn das Revisionsgericht die Sache zurückverweise, ausgesprochen hatten, wurde bei der Abstimmung der Antrag Puttkamer abgelehnt.

In dem Berichte der Kommission über den Entwurf einer Strafprozeßordnung[1]) wurden die bei der Beratung unseres jetzigen § 397 laut gewordenen Ansichten noch einmal kurz in Anlehnung an die Schwarzeschen Ausführungen zusammengefaßt: Die Kommission habe, im Anschluß an andere Gesetzgebungen, diese Bestimmung aufgenommen, um eine schwere Schädigung der Gerechtigkeit zu verhüten. Eine ungleiche Behandlung desselben Reats bei mehreren Komplizen werde stets einen peinlichen Eindruck machen. Wenn eingewendet worden sei, daß der von der Kommission angenommene Satz im Widerspruch mit der Tatsache stehe, daß die übrigen Angeklagten ein Rechtsmittel gegen das Urteil nicht angewendet hätten und daher

[1]) Hahn, Materialien Bd. II, S. 1583.

dasselbe ihnen gegenüber rechtskräftig sei, so glaube man, daß der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit höher stehe als der bloße Formalismus, welcher überdies dem Postulate der Gerechtigkeit dienen solle, nicht aber ihm widerstreben dürfe.

In der zweiten und dritten Beratung im Plenum des Reichstages[1]) wurde die Bestimmung unverändert ohne Debatte angenommen und lautet somit als jetziger § 397 wie folgt:

„Erfolgt zugunsten eines Angeklagten die Aufhebung des Urteils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes, und erstreckt sich das Urteil, soweit es aufgehoben wird, noch auf andere Angeklagte, welche die Revision nicht eingelegt haben, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls die Revision eingelegt hätten."

C. Auslegung des § 397.

I. Seine Voraussetzungen.

§ 6.

Aufhebung des Urteils zugunsten eines Angeklagten.

§ 397 gehört zu denjenigen Rechtsvorschriften im Strafprozeß, die den Angeklagten vor dem Ankläger bevorzugen[2]). Nur das Interesse der Mitangeklagten, nicht dasjenige der Strafverfolgung soll durch § 397 geschützt werden. Die Aufhebung des Urteils muß daher zugunsten eines Angeklagten er-

[1]) Hahn, Materialien, Bd. II, S. 1973 und S. 2097.
[2]) Vgl. Birkmeyer, S. 380.

folgen. Ficht die Staatsanwaltschaft das Erkenntnis bezüglich eines Komplizen zu dessen Ungunsten mit der Revision erfolgreich an, so darf eine Abänderung zuungunsten der übrigen nicht eintreten.

Auf wessen Revision hin die Aufhebung des Urteils erfolgt, ist gleichgültig; denn wenn auch die im § 397 gebrauchte Wendung: „erstreckt sich das Urteil noch auf andere Angeklagte, welche die Revision nicht eingelegt haben" darauf schließen läßt, daß man mindestens in erster Reihe an erfolgreiche Revisionen einzelner Angeklagter gedacht hat, so unterscheiden doch die ganz allgemein gehaltenen Eingangsworte unseres Paragraphen „Erfolgt zugunsten eines Angeklagten die Aufhebung eines Urteils" nicht, auf wessen Revisionsanträge prozessualistisch solche Aufhebung ausgesprochen wird[1]).

Als im Sinne des § 397 mögliche Beschwerdeführer kommen daher in Betracht:

1. der Beschuldigte selbst (§ 338, 1);
2. der Verteidiger, jedoch nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Beschuldigten (§ 339);
3. der gesetzliche Vertreter eines Beschuldigten;
4. der Ehemann einer beschuldigten Ehefrau;
5. im Falle der §§ 318 ff., 470 ff. Angehörige[2]) des Beschuldigten (§§ 324, 322, 477).

Da ferner jedes von der Staatsanwaltschaft dem Privat- oder Nebenkläger eingelegte Rechtsmittel die

---

[1]) RGE. Bd. 16, S. 417; Kries, S. 691; a. M.: Voitus, Kontroversen, Bd. II, S. 47.

[2]) Im Sinne von § 52 Abs. 2 StGB.

Wirkung hat, daß die angefochtene Entscheidung auch zugunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann (§§ 340, 430 Abs. 1., 441):

6. die Staatsanwaltschaft;
7. der Privatkläger;
8. der Nebenkläger (Löwe, Note 4 zu § 441);
9. die Verwaltungsbehörde, mag sie gem. § 464 selbst Anklage erhoben, oder derselben sich angeschlossen haben (§ 467).

Die Aufhebung des mit der Revision angefochtenen Urteils muß aber auch t a t s ä c h l i c h zugunsten eines Angeklagten erfolgen. „Die bloße abstrakte Möglichkeit, daß ein von der Staatsanwaltschaft zuungunsten eines Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel für den letzteren unter Umständen je nach der Beschaffenheit des Einzelfalles auch günstige Wirkung zu äußern vermag, genügt so lange nicht zur Anwendung des § 397, als nicht diese abstrakte Möglichkeit in der zur Aburteilung gestellten konkreten Strafsache zur Wirklichkeit geworden ist.“ (RGE. 33, S. 379.) In dieser Reichsgerichtsentscheidung ist eine im landgerichtlichen Urteil wegen Steuerhinterziehung unter Verletzung des § 73 StGB. zu Unrecht ausgesprochene Geldstrafe auf die von der Staatsanwaltschaft aus einem andern Grunde zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision in Wegfall gebracht und die Zurückverweisung der Sache an das Instanzgericht zum Zwecke der ev. Berücksichtigung des Steuerdeliktes als Strafzumessungsgrund bei Bemessung der Gefängnisstrafe wegen eines ideell mit der Steuerhinterziehung konkurrierenden

Diebstahls erfolgt. Mit Recht entscheidet sich das Reichsgericht dahin, daß hier die Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht zugunsten, sondern zuungunsten des Angeklagten erfolgt und § 397 daher auf einen an dem Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligten Mitangeklagten nicht anwendbar ist; denn wenn auch der erste Richter nicht notwendig gezwungen ist, wegen der mit dem Diebstahl konkurrierenden Steuerhinterziehung infolge des Wegfalls der hinsichtlich desselben erkannten Geldstrafe eine Verschärfung der Gefängnisstrafe eintreten zu lassen, so wird doch der für den Angeklagten in dem Wegfall der unzulässigen Geldstrafe liegende Vorteil schon durch die ev. Erhöhung der Gefängnisstrafe mehr als ausgeglichen.

§ 7.

Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes.

Die Revision kann nach § 376 Abs. 1 nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.

Nach § 376 Abs. 2 ist das Gesetz verletzt, wenn „eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist[1])". Gemäß §§ 384 Abs. 2, 392 sowie § 380 kann die „Gesetzesverletzung" entweder „Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren" oder „Verletzung einer andern Rechtsnorm" sein. Zu diesen „anderen" Rechtsnormen im Sinne von § 384 Abs. 2 gehören die Rechtsnormen des materiellen Strafrechts

[1]) Wie im § 7 Einf.-Ges. zur StPO. ausgesprochen ist, sind die Ausdrücke „Gesetz" und „Rechtsnorm" gleichbedeutend.

und der andern Zweige des Rechts (Zivilrecht, Staatsrecht, Zivilprozeßrecht etc.).

Es kann z. B. in einer Untersuchung wegen Diebstahls oder Unterschlagung die Revision darauf gestützt werden, daß die Vorinstanz einen Grundsatz des Zivilrechts über Eigentum, Besitz oder Gewahrsam verletzt habe, und daß darauf die von ihr ausgesprochene Verurteilung beruhe. „Es handelt sich in solchen Sachen um Vorfragen, die der Strafrichter zu lösen hat, um festzustellen, ob die Erfordernisse des Strafgesetzes vorliegen. Soweit ein Strafgesetz ausdrücklich oder stillschweigend auf andere Rechtsnormen verweist, zieht es dieselben in sein Rechtsgebiet hinein. Insofern werden Gesetzesverletzungen aus andern Rechtsgebieten zu Verletzungen des materiellen Strafrechts[1])."

Im Anschluß an § 384 Abs. 2 teilt man die Revisionsrügen ein in „Prozeß- oder Verfahrensrügen" und in andersartige Rügen, für die sich die Bezeichnung „materiellrechtliche Rügen" eingebürgert hat. Diese Unterscheidung bedingt in vielen Beziehungen eine verschiedenartige Behandlung der Revision[2]).

Für die Anwendbarkeit des § 397 ist es im Gegensatze zu den entsprechenden Vorschriften der österreichischen und sächsischen Strafprozeßordnungen erforderlich, daß der Grund der Aufhebung des Urteils in der Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes, nicht in einem prozessualen Ver-

[1]) K. Schmidt, Mannheim 1885, Der § 380 der deutschen Strafprozeßordnung, S. 61.

[2]) Vgl. Birkmeyer, S. 713, K. 10.

stoße liegt. Ob das Strafgesetz selbst verletzt ist, oder nur solche Bestimmungen aus andern Rechtsgebieten, deren richtige Behandlung eine Voraussetzung für richtige Anwendung des Strafgesetzes ist, ist nach dem Obengesagten gleichgültig. Es ist also unter „Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes" jeder materiellrechtliche Verstoß zu verstehen[1]). Nur die Anwendung des materiellen Rechts soll demnach auf alle bei einer Tat Beteiligten möglichst die gleiche sein. Aufhebungsgründe formeller Natur lassen dagegen die Wirkung des Rechtsirrtums auf die von ihnen betroffenen Nichtrevidenten nicht eintreten, selbst nicht die absolut wesentlichen, die Grundlage des Verfahrens berührenden in § 377 vorgesehenen Verstöße.

Wenn also die Aufhebung des nur von einem der Angeklagten mit der Revision angefochtenen Urteils erfolgt, weil das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, oder weil die Grundlagen der Mündlichkeit oder der Öffentlichkeit der Hauptverhand-

---

[1]) Beachtenswert ist die Entscheidung des Reichsgerichts (Arch. f. Strafr. u. Strafpr. Bd. 54, S. 483), daß unrichtige Kostenentscheidungen eine Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes bedeuten und nach § 397 auch zugunsten eines Mitangeklagten, der die Revision nicht eingelegt hat, wirken, da der Anspruch über die Kosten begrifflich das Gepräge einer Sachentscheidung, nämlich über eine Nebensache trägt. A. M.: Schmidt, a. a. O., S. 22, der zwar nicht bestreitet, daß §§ 497—505 StPO. materielles Recht enthalten, aber doch eine unrichtige Kostenentscheidung nur für eine „Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes" (im Sinne von § 394) hält und nicht für eine „Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes" (im Sinne von § 397).

lung verletzt, oder dem Angeklagten der Alibibeweis unzulässigerweise abgeschnitten worden, so kommt die Aufhebung den sich in gleicher Lage befindenden Mitangeklagten nicht zustatten. Sie müssen ihre Strafe abbüßen, auch wenn in der neuen Verhandlung (§ 394 Abs. 2) der ersterwähnte Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird. Der Grund dieser ungleichen Behandlung von materiellen und formellen Normen ist nicht ersichtlich. Bei der Beratung unseres Paragraphen in der Reichstagsjustizkommission wurde für diese Unterscheidung als einziger Grund geltend gemacht, die Mitangeklagten könnten die Revision wegen Verletzung von Formvorschriften einzulegen unterlassen haben, weil sie sich schuldig fühlten. Ist denn der Verzicht eines Angeklagten auf Revision aus Schuldgefühl nur bei einer ihm möglichen prozeß- und nicht auch bei einer materiellrechtlichen Rüge denkbar? Es ist doch ebenso gut möglich, daß ein Mitangeklagter sich bei seiner Verurteilung beruhigt, da er die Überzeugung hegt, daß, selbst wenn der Revisionsrichter eine materiellrechtliche Gesetzesverletzung feststellen sollte, das Endergebnis zweifellos in seiner Verurteilung zu derselben Strafe bestehen würde.

Die Vorschrift des § 397 enthält die gleiche Geringschätzung des Strafprozeßrechts verglichen mit dem materiellen Rechte, wie der mit Recht aus diesem Grunde angefeindete § 380 StPO.; als ob man die Strafprozeßordnung eher einer Verletzung preisgeben dürfe, als das Strafgesetzbuch! Die Interessen der nichtrevidierenden Angeklagten bedürfen sicher dringender

des Schutzes, bei den flagranten prozessualen Verstößen des § 377 als bei der Verletzung irgend einer Verordnung der Ortspolizeibehörde. Hat z. B. bei dem Urteil ein kraft des Gesetzes ausgeschlossener oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnter Richter mitgewirkt (§ 377 Ziff. 2 u. 3), so ist diese Gesetzesverletzung doch weit schwerwiegender, als wenn das Gericht auf Untreue statt auf Unterschlagung erkannt hatte. Wenn die Vorschrift des § 397 daher einer „schweren Schädigung der Gerechtigkeit" vorbeugen sollte, durfte sie nicht auf Fälle materieller Rechtsverletzung beschränkt werden[1]).

Auf die auch für § 397 praktisch werdende alte Streitfrage über die Grenzen der materiellen und prozessualen Rechtsnormen soll hier nicht näher eingegangen werden[2]). Da es fast unmöglich ist, eine strenge, für alle Fälle durchgreifende Scheidung zwischen den das materielle und den das Verfahren betreffenden Gesetzesverletzungen durchzuführen, sollte der Gesetzgeber tunlichst davon absehen, den Umfang und die Wirkung eines Rechtsmittels von einer derartigen Unterscheidung abhängig zu machen.

Ob die Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes in der Feststellung des Tatbestandes oder nur bei der Strafzumessung gefunden wird, ist gleichgültig (RGE. Bd. 16, S. 417). Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob die Gesetzesverletzung das Urteil

[1]) So Voitus, Thilo, Schwarze, Geyer, S. 835.
[2]) Vgl. Kries, S. 7 und die dort angegebene Literatur; Birkmeyer, S. 17 und S. 713, K. 11.

selbst oder eine ihm vorausgegangene Entscheidung, sofern nur dasselbe auf ihr beruht, betrifft (§ 375); denn auch aus der Fehlerhaftigkeit derartiger vorausgegangener Entscheidungen kann ein Grund zur Aufhebung des Urteils entnommen werden. Haben diese Entscheidungen eine materiellrechtliche Frage zum Gegenstand, so sind sie gleichsam „antezipierte Bestandteile des Urteils" (Löwe, Note 2 zu § 375). Ein Erkenntnis wird also auch dann wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes umgestoßen, wenn es auf einem Beschlusse beruht, der einen Beweisantrag deshalb ablehnt, weil die unter Beweis gestellte Tatsache vermöge einer unrichtigen Auslegung des Strafgesetzes für unerheblich erachtet wird, oder wenn das Gericht § 244, Abs. 2 für anwendbar erachtet hat, weil es das vorliegende Vergehen irrtümlich für eine Übertretung ansah[1]); desgleichen wenn der Antrag auf Stellung einer Hilfsfrage im Geschworenenprozeß auf Grund eines materiell rechtlichen Rechtsirrtums abgelehnt wird (RG. 8, S. 86).

§ 8.

Aburteilung aller Komplizen in einem Verfahren durch ein Urteil.

Die Vorschrift des § 397 erstreckt sich nur auf die in einem Urteil Abgeurteilten. Ist aus irgend welchen Gründen (z. B. weil die Verfolgung von Anfang an eine

[1]) So Kgl. KG. 7. Apr. 1881 (Johow Bd. II, S. 207); Löwe Note 2c zu § 318; a. M. K. Schmidt, a. a. O., S. 62.

getrennte war, oder weil der eine Angeklagte in der Hauptverhandlung ausblieb, oder weil die Verhandlung in bezug auf einen Angeklagten behufs Prüfung seiner Zurechnungsfähigkeit ausgesetzt wurde) gegen einen Komplizen ein gesondertes Urteil ergangen, so ist § 397 unanwendbar. Dies geht aus den Worten des Gesetzes „die Aufhebung d e s Urteils" und „erstreckt sich d a s Urteil" deutlich hervor. Die Aufhebung eines in der Berufungsinstanz ergangenen Urteils kann aus demselben Grunde nicht solchen Angeklagten zustatten kommen, die die Berufung gegen das Urteil erster Instanz nicht ergriffen hatten[1]).

Schon in der Reichstagsjustizkommission wurde von den Gegnern des § 397 der Einwand erhoben, daß die Wohltat des Paragraphen von dem rein formalen, auf prozessualen Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Umstande abhängig sei, ob zufällig die Komplizen gleichzeitig in demselben Verfahren abgeurteilt seien, und betont, die Bestimmung müsse konsequenterweise dahin führen, daß, wenn die andern Komplizen in gesonderten Prozessen abgeurteilt seien, auch diese andern Prozesse aufgenommen werden müßten. Diese Schlußfolgerung scheint allerdings unabweisbar und der ratio legis entsprechend.

---

[1]) Irrig ist daher auch das Beispiel V o l k m a r s in der DJZ. Bd. 12 1907, S. 702 zu a am Anfang, daß, nachdem das Reichsgericht das Urteil der Strafkammer gegen den Täter aus formellen Gründen aufgehoben hat (nach § 397 der Gehilfe daher rechtskräftig verurteilt bleibt), die demnächstige Aufhebung des zweiten Urteils der Strafkammer aus materiellen Gründen jetzt noch zugunsten des Gehilfen wirken kann.

Dem unserm § 397 nachgebildeten § 414 der Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 wurde denn auch auf Veranlassung der Reichstagskommission ein zweiter Absatz hinzugefügt, der die Bestimmung enthält, daß im Falle der Beteiligung mehrerer Personen an der strafbaren Handlung die zugunsten eines der Beteiligten erfolgende Aufhebung für die übrigen auch dann Wirkung haben solle, wenn sie bereits durch vorausgegangene militärgerichtliche Erkenntnisse rechtskräftig abgeurteilt seien (Entsch. d. Reichsmil.-Ger., Bd. 13, S. 42). In Anlehnung an die Militärstrafgesetzordnung faßte die vom Reichsjustizamt berufene Kommission für die Reform des Strafprozesses den Beschluß:

„Es soll § 397 auch dann Anwendung finden, wenn mehrere Personen bei derselben strafbaren Handlung als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler beteiligt sind, und ein Teil von ihnen durch vorausgegangene Urteile abgeurteilt worden ist“ (Prot. II, S. 154 ff.).

Dieser Beschluß sollte sich nach der Ansicht der Kommission nicht nur auf die frühere Verurteilung von Teilnehmern in einem selbständigen Verfahren oder in einem vorausgegangenen Urteile gleicher Instanz in demselben Verfahren, sondern insbesondere auch auf den Fall erstrecken, daß, nach Verurteilung aller Teilnehmer in einem Urteile nur einer derselben Berufung einlegt und nach deren Verwerfung die Aufhebung des Berufungsurteils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes in der Revisionsinstanz erzielt[1]).

[1]) Prot. II, S. 155; Entsch. d. Reichsmil.-Ger. Bd. 13, S. 42.

Von einer Minderheit wurde dieser Beschluß auf das heftigste bekämpft, da durch eine solche Vorschrift der Grundsatz der Rechtskraft völlig preisgegeben werde. Sie sei im Militärstrafprozeß um deswillen weniger bedenklich, weil das Reichsmilitärgericht ohnehin sämtliche Urteile der Oberkriegsgerichte im Aufsichtswege einer Nachprüfung zu unterziehen habe (§ 133 d. Mil.-Str.-Ger.-Ordng.). Dem Reichsgerichte könne eine so weitgehende Befugnis nicht gegeben werden. Sonst werde man dazu gedrängt, auch bei Strafbefehlen und bei polizeilichen Strafverfügungen die nachträgliche Aufhebung zuzulassen, obwohl die davon Betroffenen sich bei der Strafe beruhigt hätten.

Wohl in Berücksichtigung der hier geäußerten Bedenken ließ der Vorentwurf der Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1908 diesen Beschluß der Reformkommission unbeachtet. M. E. mit Recht; denn die in diesem Beschlusse ausgedrückte Forderung geht entschieden über das mit § 397 erreichbare Ziel hinaus. Diese Bestimmung soll doch nur darauf hinwirken, daß alle als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler an derselben Tat in einem Erkenntnis Abgeurteilten das gleiche rechtliche Schicksal erfahren, falls einer von ihnen ein günstigeres Urteil in der Revisionsinstanz erzielen sollte. Keineswegs sucht sie das Ideal zu verwirklichen, das darin bestehen würde, bei objektiver Konnexität zwischen den verschiedenen zusammenhängenden Strafansprüchen des Staates die Möglichkeit jeder das Prinzip der Gleichheit verletzenden Beurteilung eines Komplizen aus der Welt zu schaffen.

Ein solches Ideal ist unerreichbar, da es aus guten, auf der Hand liegenden Gründen nur zulässig, nicht aber notwendig ist, alle an derselben Tat Beteiligten in einem Verfahren und Erkenntnis abzuurteilen und bei gesonderten Verfahren das Urteil des einen Gerichtes durch das des andern, selbst in betreff der Existenz oder Nichtexistenz des Verbrechens nicht gebunden ist. Es darf dem richterlichen Gewissen durch das von einem andern Gerichte gefällte Erkenntnis keine Beschränkung, kein Zwang auferlegt werden, wenn es sich durch letztere und durch dessen Gründe nicht befriedigt fühlt und zu einem andern Ergebnisse gelangt[1]).

Wenn A wegen Diebstahls verurteilt ist, so ist es denkbar, daß der wegen Anstiftung zu diesem Diebstahl Angeklagte B von dem in anderer Besetzung erkennenden Gerichte freigesprochen wird, da das Vorliegen eines Diebstahls verneint wird. Dieser Freispruch des B hat keinen Einfluß auf die Verurteilung des A. Wenn eine solche verschiedenartige juristische Behandlung mehrerer Komplizen, sobald getrennte Urteile ergehen, nun möglich ist, so kann es doch keinen Unterschied für das zwischen beiden Erkenntnissen bestehende Unabhängigkeitsverhältnis begründen, ob die Differenz in der Auslegung des angewendeten Gesetzes sich schon bei den in erster Instanz ergehenden Urteilen oder erst in einer höheren

[1]) Vgl. RGE. Bd. 4, S. 367: Wenn die Haupttat und die Anstiftung dazu nach einander in verschiedenen Verfahren zur Aburteilung gelangen, so bedarf es in dem neuen Verfahren außer der Feststellung der Begriffsmerkmale der Anstiftung wiederum der selbständigen Feststellung des Tatbestandes des von dem Angestifteten begangenen Verbrechens.

Instanz zeigt, wenn also z. B. B in der ersten Instanz wegen Anstiftung zum Diebstahl verurteilt und erst in der Revisionsinstanz freigesprochen wird.

Es ist daher nur zu billigen, wenn der Vorentwurf dem Beschlusse der Reformkommission keine Rechnung trägt, und das Anwendungsgebiet des § 397 nicht in einer Richtung erweitert wird, die doch nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen kann.

§ 9.

Einheitlichkeit der Tat.

§ 397 setzt ferner die Identität der Straftat voraus, wegen derer die mehreren Angeklagten verfolgt sind; denn nur solchen Angeklagten soll die Aufhebung des Urteils zustatten kommen, die als bei der Tat des Revidenten beteiligt verurteilt sind. Zusammenhang des rechtlichen Schicksals genügt nach der herrschenden Meinung nicht, es wird Beteiligung als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verlangt; also ein Zusammenhang im Sinne des § 3, nicht bloß des § 236[1]).

Anderer Meinung sind nur Keller (Nr. 4 zu § 397) und Bennecke-Beling (S. 593), die § 397 auf alle in demselben Urteile behandelten Mitbeschuldigten für anwendbar erklären, ohne Unterschied, ob die gemeinsame Aburteilung auf einem sachlichen oder örtlichen Zusammenhange oder auf einer nach § 236 angeordneten Verbindung beruht. Der herrschenden Meinung ist aus folgenden in einer Reichsgerichts-

[1]) So Löwe, Stenglein, Bennecke, S. 770; Kries, S. 691; Ullmann, S. 619 und RG.

entscheidung[1]) ausgesprochenen Erwägungen beizutreten:

Da der Revisionsrichter nur soweit mit dem Urteile des Vorderrichters befaßt ist, als dieses mit der Revision angefochten ist, kann er nur wegen der Tat, die den Gegenstand der Anfechtung des Urteils bietet, das Urteil aufheben. Es kann demnach die Vorschrift des § 397 nur solchen nichtrevidierenden Angeklagten zustatten kommen, die nach der vorinstanzlichen Feststellung bei derjenigen Tat beteiligt sind, auf die sich die Revision bezieht, und bezüglich derer das erste Urteil aufgehoben wird und auch nur aufgehoben werden kann. Die Aufhebung kann aber nicht sich auf solche nichtrevidierende Angeklagte erstrecken, die sich einer anderen, wenn auch in demselben Verfahren aus prozessualen Gründen abgeurteilten Tat schuldig gemacht haben, mag die Gesetzesverletzung auch die gleiche gewesen sein; es ist nicht der Zweck des § 397, alle rechtlich gleichartigen Gesetzesverletzungen, sobald sie sich in demselben Urteil befinden, zu beseitigen, was mit den Grundsätzen der Rechtskraft völlig unvereinbar wäre, sondern nur solche Verletzungen, die sich auf dieselbe Tat beziehen, da — wie es in dem Berichte der Justizkommission heißt — „eine derartige ungleiche Behandlung desselben Reates bei mehreren Komplizen stets einen peinlichen Eindruck mache".

Der Vorentwurf aus dem Jahre 1908 sucht diese im § 397 schon heute von der herrschenden Meinung

[1]) Entsch. Bd. 6, S. 257; Rspr. Bd. 4, S. 430 und Rspr. Bd. 10, S. 74; Reichsmil.-Ger.-Entsch. Bd. 6, S. 292.

mit Recht gegebene Auslegung im Gesetzestext selbst zum Ausdruck zu bringen, und spricht anstatt „von anderen Angeklagten“ von anderen bei derselben Tat als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler beteiligten Angeklagten; vgl. auch § 414 Abs. 2 Mil-Str.-Ges.-Ord.

§ 10.

Gravamen commune.

Nach der herrschenden Meinung ist eine weitere Voraussetzung des § 397, daß der die Aufhebung des Urteils herbeiführende Revisionsgrund ein den mehreren Angeklagten gemeinsamer ist, die Aufhebung also wegen eines sog. „gravamen commune“ erfolgt, dergestalt, daß aus der bezüglich des Revidenten vorliegenden Nichtigkeit sich eine solche ohne weiteres auch bezüglich der andern Angeklagten ergibt. Würde z. B. das Urteil aufgehoben, weil der zurzeit noch nicht 18 Jahre alte Beschwerdeführer zu Zuchthausstrafe verurteilt wurde, während nur Gefängnisstrafe gegen ihn erkannt werden konnte (§ 57 StGB.), so ist die Revision für die Mitbeschuldigten einflußlos. Es muß dieselbe Beschwerde sein, welche der eine erhoben hat, der andere hätte erheben können[1]).

Daß auch Schwarze seinen zum § 397 gewordenen Antrag so aufgefaßt wissen wollte, ergibt sich aus seiner Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten Becker

[1]) So Löwe, Stenglein, Puchelt, Ullmann, S. 619, Kries, S. 691, Dalcke, Schwarze, Bennecke, S. 770, Bennecke-Beling, S. 593.

„Sein Antrag setze eadem causa, gleichsam gravamen commune bei allen Mitbeschuldigten voraus".[1])

Auch das römische Recht verlangte una eademque causa defensionis.

Von dem Erfordernisse des gravamen commune will nur Voitus[2]) absehen. Sein Gedankengang ist kurz folgender: Aus den Schlußworten des § 397, in denen der Revisionsrichter angewiesen wird, zu „erkennen, als ob die anderen Angeklagten (nicht etwa eine gleiche Revision, wie die des Revidenten, sondern) gleichfalls die Revision eingelegt hätten", ergibt sich, daß der Revisionsrichter sich dem Nichtrevidenten gegenüber der Prüfung des von dem Revidenten angefochtenen Urteils ebenso zu unterziehen hat, wie geschehen müßte, wenn auch er das Rechtsmittel der Revision ergriffen hätte. Da aber die Revision nach §§ 384, 392 begründet werden muß, so ist der Revisionsrichter gezwungen, dem Nichtrevidenten im Wege der Fiktion eine Revisionsbegründung zu unterschieben; er muß die dem Nichtrevidenten vorteilhafteste wählen, d. h. die allgemeine Beschwerde über Verletzung materieller Rechtsnormen (§ 384 Abs. 2). § 392 nötigt sodann den Revisionsrichter, das Urteil, soweit es den Nichtrevidenten betrifft, nach allen Richtungen hin, also ganz unabhängig von der Revision des Revidenten, zu prüfen. Es ist demnach die Möglichkeit gegeben, daß er hinsichtlich des Nichtrevidenten zu einer anderen Begründung seiner das angefochtene

[1]) Hahn, Materialien I, S. 1055.
[2]) Voitus, Kontroversen II, S. 47.

Urteil aufhebenden Entscheidung gelangt als in betreff des Revidenten.

Diese Argumentation von Voitus kann sich weder auf den Gesetzestext selbst stützen, noch wird sie der Entstehungsgeschichte des Paragraphen und dem mit ihm verfolgten Zwecke gerecht. Zunächst läßt sich aus den Schlußworten des § 397 „als wenn sie gleichfalls Revision eingelegt hätten" nicht herauslesen, daß es auf die mögliche Begründungsweise der Revision der Mitangeklagten überhaupt nicht ankommt und § 397 bereits dann zur Anwendung gelangen muß, wenn die Aufhebung des Urteils bei den andern Angeklagten wegen Verletzung irgend eines materiellen Rechtssatzes geboten wäre, sofern sie die Revision eingelegt und auf Verletzung des materiellen Rechts gestützt hätten. „Es würde dieses über die Absicht des Gesetzgebers hinausgehen und in kaum zu rechtfertigender Weise, weit über das unterstellte Bedürfnis und gegen die Natur des vorliegenden Rechtsmittels sowie die Grundsätze über Strafvollziehung, die Autorität des formalen Rechtes zugunsten des materiellen herabdrücken[1])."

Wie aus den Beratungen und dem Berichte der Reichstagsjustizkommission deutlich hervorgeht, will § 397 gar nicht die Interessen der andern Angeklagten, sobald sie überhaupt eine Revision mit Erfolg durchzuführen in der Lage waren, wahrnehmen, sondern nur solchen Angeklagten helfen, denen derselbe Revisions-

[1]) RGE. Bd. 6, S. 259.

grund, der zur Aufhebung des Urteils zugunsten des wirklichen Revidenten geführt hat, möglich gewesen wäre. Mit Recht bemerkt Stenglein, daß der von Voitus eingenommene Standpunkt dahin führen würde, eine Offizialprüfung einzuführen, welche unsere Strafprozeßordnung nicht kennt.

Der Wortlaut des § 414 der Mil.-Str.-Ger.-Ordn. und der Vorentwurf aus dem Jahre 1908 lösen auch diese Streitfrage im Sinne der herrschenden Meinung.

Zu einer weiteren Kontroverse hat die Frage Anlaß gegeben, ob die Verletzung eines nur in der Person des Revidenten begründeten, die Strafbarkeit ausschließenden, vermindernden oder erhöhenden Umstandes zur Aufhebung des Urteils auch zugunsten der anderen Mitangeklagten führen könne, wenn bei diesen jene Gründe gleichfalls vorlagen und rechtsverletzend unberücksichtigt geblieben sind. Die herrschende Meinung hält streng daran fest, daß zur Anwendbarkeit des § 397 dieselbe Beschwerde vorliegen muß und eine bloß gleich gelagerte nicht genügt[1]). Ist z. B. der Rückfall zweier Mitangeklagter aus dem gleichen Rechtsirrtum unrichtig beurteilt, so liegt der Fall des § 397 nicht vor, da der Beschwerde verschiedene Tatsachen zu grunde liegen. Abweichend hat das Reichsgericht (RGE. Bd. 16, S. 417) jedoch dahin entschieden, daß die Revision eines jugendlichen Täters, auf welchen § 57 StGB. irrig angewendet war, auch auf einen jugend-

[1]) So Löwe, Stenglein, Dalcke, Ullmann, S. 619.

lichen Mittäter anzuwenden sei. Diese Entscheidung wird, abgesehen von Kries[1]) und Isenbart, in der Literatur als sehr bedenklich bekämpft[2]). M. E. mit Recht, so befriedigend das Ergebnis der Beweisführung des Reichsgerichts für den Einzelfall sein mag. Wie wir oben festgestellt haben, müssen die Worte des § 397 „ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls Revision eingelegt hätten", dahin verstanden werden, daß der Revisionsrichter erkennen soll, als ob die als Beschwerdeführer nicht aufgetretenen Angeklagten gleichfalls den gleichen Revisionsgrund, welcher zur Aufhebung des Urteils führt, formgerecht geltend gemacht hätten. Die zitierte Reichsgerichtsentscheidung hält den erforderlichen gleichen Revisionsgrund schon dann für gegeben, wenn dasselbe Strafgesetz verletzt wurde, da in Gemäßheit der §§ 364, 392 für die Begründung materieller Revisionsbeschwerden die Bezeichnung des Strafgesetzes genügt, dessen unrichtige Anwendung bezw. Nichtanwendung gerügt wird. Die Verletzung derselben Strafmilderung gebietenden Norm (z. B. § 57 StGB.) sei also das „gravamen commune" der beiden Angeklagten; an diesem Erfordernis solle nicht gerüttelt werden. Die Tatsachen aber, auf denen im besonderen Falle dieser Revisionsgrund ruhe, und die allerdings bei dem einen und bei dem andern Angeklagten verschieden seien, gehörten prozessualisch gar nicht zu den wesentlichen Bestandteilen der Revisionsbeschwerde

[1]) Kries, S. 691.

[2]) Bennecke, S. 770; Bennecke-Beling, S. 593; s. Note [1].

selbst, und ihre Verschiedenheit ändere nicht ohne weiteres die Identität des Revisionsgrundes.

Der Fehler dieser Reichsgerichtsentscheidung liegt in dem Versuche, den Begriff der „eadem causa" des „gravamen commune" abhängig zu machen von prozessualen Vorschriften. Durch die Revisionsrüge, daß eine „andere Rechtsnorm" (im Sinne des § 384 Abs. 2) verletzt ist, ist doch nur lediglich die Richtung der Revisionsbeschwerde bestimmt. Diese Richtungsangabe genügt zur Begründung der Revisionsanträge. Identität des Revisionsgrundes verlangt aber begrifflich die Gleichheit (nicht bloß Gleichartigkeit) der Tatsachen, auf denen die Revision begründet ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Prozeßordnung die Angabe dieser Tatsachen bei der Begründung der Revisionsanträge vorschreibt oder nicht.

Daß die zur Aufhebung des Urteils führende Gesetzesverletzung von dem Revidenten bei Begründung der Revision geltend gemacht wurde, ist nicht nötig. Bei Vorliegen einer materiellrechtlichen Rüge „kommt es darauf, ob der Angriff in zutreffender Weise begründet, ob insbesondere das verletzte Gesetz richtig oder unrichtig bezeichnet ist, nicht weiter an; sobald behauptet wird, daß die Anwendung des Strafgesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis fehlerhaft sei, ist die Revision genügend begründet; der Revisionsrichter hat alsdann diese Gesetzesanwendung ganz frei und in ihrem vollen Umfange, unabhängig von den Angriffen und Ausführungen des Beschwerdeführers, seiner Prüfung zu

unterwerfen[1])". Für die Feststellung, ob ein gravamen commune im Sinne des § 397 vorliegt, ist also nicht die von dem Beschwerdeführer gerügte Gesetzesverletzung entscheidend, sondern die Verletzung, wie sie durch das Urteil des Revisionsgerichtes als vorliegend angenommen wird.

II. § 11.

Die bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eintretenden Folgen.

Wenn die im § 6 bis § 10 dieser Arbeit behandelten Voraussetzungen des § 397 vorliegen,

1. Aufhebung des Urteils zugunsten eines Angeklagten,
2. Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes,
3. Aburteilung in gemeinschaftlichem Prozeß durch ein Urteil,
4. Identität der Tat,
5. gravamen commune,

so hebt das Revisionsgericht auch das die Mitangeklagten betreffende Urteil auf, ohne daß ihre vorgängige Zuziehung zum Revisionsverfahren (§§ 390, 391) erforderlich wäre. Sind dagegen die Bedingungen des § 397 nicht gegeben, so bedarf es einer ausdrücklichen Entscheidung des Revisionsrichters bezüglich der Mitangeklagten überhaupt nicht.

Hat ein Mitangeklagter Revision nur wegen Formfehler eingelegt und wird diese zurückgewiesen, so

[1]) Hahn, Materialien Bd. I, S. 254.

fragt sich, ob, wenn ein Komplize mit seiner auf materielle Gesetzesverletzung gegründeten Revision Erfolg gehabt hat, unser Paragraph auf den ersteren Anwendung finden kann, da das Gesetz doch bestimmt, daß die Rechtswohltat nur solchen Mitangeklagten zugute kommen soll, die die Revision nicht eingelegt haben. Mit Recht bejaht die herrschende Meinung diese Frage[1]) und stellt den Angeklagten, die Revision nicht eingelegt haben, diejenigen gleich, die das Rechtsmittel zwar eingelegt, aber aus nicht stichhaltigen Gründen, „da kein Angeklagter durch Erhebung einer unbegründeten Beschwerde der in § 397 gewährten Rechtswohltat verlustig gehen dürfe" (Löwe). Wenn auch § 397 seinem Wortlaut nach nur von Mitangeklagten spricht, die die Revision nicht eingelegt haben, so ergibt sich aus der Absicht der gesetzlichen Bestimmung, eine Forderung der Gerechtigkeit zu erfüllen, und aus dem Berichte der Reichtagsjustizkommission, daß man nicht allein an den formalen Akt der Einlegung des Rechtsmittels, sondern auch an die Art der Begründung dachte. Man braucht nur unter den Worten „welche die Revision nicht eingelegt haben" diejenige Revision, die zur Aufhebung des Urteils führte, zu verstehen, um, ohne dem Gesetzestext besondern Zwang anzutun, zu dem allein befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Nur Voitus ist der Ansicht[2]), daß § 397 lediglich dann zur Anwendung kommen dürfe, wenn die übrigen

---

[1]) So Stenglein, Löwe, Thilo, Dalcke, RGE. Bd. 40, S. 219; Rspr. Bd. 6, S. 557.

[2]) Voitus, Kontroversen II, S. 50.

Angeklagten die Revision überhaupt nicht eingelegt haben, da Ausnahmevorschriften ganz strikte interpretiert werden müßten[1]). Die Folge dieser durch nichts gebotenen Auslegung ist, daß derjenige Angeklagte, dessen Revision wegen eines Verstosses gegen das Verfahren zurückgewiesen wird, schlechter gestellt ist, als wenn er überhaupt geschwiegen und sich bei dem gegen ihn ergangenen Erkenntnis beruhigt hätte, da ihm alsdann die auf materielle Rechtsverletzung gestützte, für begründet erachtete Revision seines Mitangeklagten zustatten kommen könnte.

Auch diese Streitfrage löst der Gesetzestext des § 414 Mil.-Str.-Ger.-Ordn. und der Wortlaut des Vorentwurfes in befriedigender Weise.

„Fast unbegreiflich" muß man mit Stenglein die weitere Streitfrage nennen, ob sich § 397 nur auf die wenigen Fälle bezieht, in denen das Revisionsgericht nach Aufhebung des ergangenen Urteils selbst definitiv in der Sache entscheidet (§ 394 Abs. 1), oder auch auf solche Fälle, in welchen es die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung zurückverweist, da vorher noch weitere tatsächliche Feststellungen vorzunehmen sind, oder eine Übereinstimmung der Staatsanwaltschaft und des Gerichtes über die Angemessenheit der gesetzlich niedrigsten Strafe nicht zu erzielen ist. Wenn § 397 das Revisionsgericht verpflichtet, zu

[1]) Auch Kries, Rechtsmittel, S. 283, tritt der herrschenden Ansicht nur de lege ferenda bei und hält sie mit dem maßgebenden Wortlaut des § 397 für nicht vereinbar; vgl. jedoch Kries, Lehrb., S. 691.

erkennen, als ob ein Mitangeklagter die Revision eingelegt hätte, der dies nicht getan hat, so umfaßt diese Anweisung alle denkbaren Richtungen, die ein Revisionsurteil gemäß § 394 StPO. einschlagen kann. Es ist nicht einzusehen, warum die Rechtswohltat des § 397 den Mitangeklagten für Fälle der Zurückverweisung der Sache in die frühere Instanz nicht zuteil werden sollte, weil zufällig der Revisionsrichter nach Sachlage nicht sofort das Urteil fällen kann. Diese Auslegung ist unserm Paragraphen auch bei der Beratung in der Reichstagsjustizkommission unwidersprochen gegeben worden. Wurde doch ausdrücklich der Abänderungsantrag von Puttkamer, der unsere Vorschrift nur auf solche Fälle angewendet wissen wollte, wenn das Revisionsgericht in der Lage ist, in der Sache selbst zu erkennen, abgelehnt[1]). Trotzdem verficht Voitus im ausgesprochenen Gegensatz zur herrschenden Meinung, allerdings mit völlig unzureichenden Gründen, die gegenteilige Ansicht: in den Worten „so ist zu erkennen" sei lediglich eine Anweisung für den Revisionsrichter enthalten; eine ausdrückliche Vorschrift sei erforderlich, wenn die günstige Wirkung der Revision des einen Komplizen dem andern selbst so weit zustatten kommen solle, daß auch der Vorderrichter bei der anderweiten Entscheidung der Sache in gleicher Weise wie hinsichtlich des Revidenten auch in betreff der übrigen in gleicher Sachlage sich befindenden Komplizen zu erkennen habe. Eine dementsprechende Anweisung

[1]) Hahn, Materialien II, S. 1403.

sei um so unerläßlicher, als es sich nach erfolgter Aufhebung des durch die Revision angefochtenen Urteils und Zurückweisung der Sache an den Vorderrichter nicht bloß um ein „erkennen“, sondern um eine neue Hauptverhandlung handele. Die weitern Gründe, die Voitus für seinen Standpunkt ins Feld führt, beleuchten nur die bei Fällen der Zurückverweisung für den Nichtrevidenten möglicherweise eintretenden unerwünschten Folgen:

A, B und C sind wegen gemeinschaftlichen Diebstahls verurteilt; A und B auf Grund ihres Geständnisses, C auf Grund eines langen Indizienbeweises. C legt Revision ein. Hat diese Revision Erfolg, weil der Richter, anstatt zu sagen: „Die Angeklagten hätten sich die dem X gehörige Sache usw. zugeeignet“ der Vorschrift des § 266 zuwider nur festgestellt hat: „sie hätten die Sache gemeinschaftlich entwendet“, so haben die geständigen Nichtrevidenten, zu deren gunsten das Urteil gemäß § 397 gleichfalls aufgehoben werden muß, doch gewiß kein Interesse daran, weder in bezug auf ihre Freiheit noch auf ihre Ehre, daß das Gericht sie in dem anderweit zu fällenden Urteil auf Grund ihres Geständnisses von neuem zu derselben Strafe verurteilt. Obwohl sie ihre Strafe bereits verbüßt haben können, wie wir im folgenden Paragraphen dieser Arbeit sehen werden, stehen sie nach Aufhebung des Urteils wieder unter Anklage. Sie werden also zu der neuen Hauptverhandlung vorgeladen. Wohnen sie außerhalb des Gerichtssitzes, so müssen sie zum Termine reisen; denn, wenn sie nicht erscheinen, so werden sie verhaftet oder vorgeführt. „Überhaupt

müssen sie an dem ganzen neuen Verfahren in allen seinen Stadien — der Sache nach als Statisten — teilnehmen, worauf sie nicht bloß nochmals zu derselben Gefängnisstrafe, sondern — mangels einer diesen Fall vorsehenden entgegenstehenden Vorschrift in den §§ 497, 498, auch zur Tragung der Kosten verurteilt werden, infolgedessen sie auch für die in dem neuen Verfahren im alleinigen Interesse des seine Mitschuld bestreitenden Komplizen durch Beweisaufnahme etc. erwachsenen Auslagen als Gesamtschuldner haften."

Voitus schließt dann pathetisch: „Sollten sie (die Nichtrevidenten) sich wohl überzeugen, die mit diesem Verfahren für sie verknüpften Belästigungen, die Opfer an Zeit und Geld, die Einbuße an ihrem gewerblichen Verdienst usw. dadurch verschuldet zu haben, daß sie, die vom ersten Richter auf Grund ihres offenen Geständnisses gegen sie erkannte Strafe als wohl verdient anerkennend, dieselbe ohne ein Rechtsmittel einzulegen, bereitwillig verbüßt haben?" — Es muß zugegeben werden, daß hier die Kehrseite des § 397 an einem nicht gesuchten Beispiele drastisch geschildert ist. Unerfreuliche Wirkungen einer gesetzlichen Bestimmung können aber doch nicht ohne positive gesetzliche Vorschrift eine willkürliche Einschränkung ihres Geltungsbereiches herbeiführen, so sehr sie de lege ferenda Beachtung verdienen. Das Reichsgericht hat denn auch wiederholt gegen Voitus entschieden[1]).

Zu welchem Ergebnis schließlich bei Fällen der

---

[1]) RGE. Bd. 1 S. 152; Rspr. Bd. 5, S. 156.

Zurückverweisung die erneuerte Verhandlung vor dem Instanzgericht führen wird, entzieht sich hier, wie in allen andern Fällen, der Beurteilung des Revisionsgerichts. Die Aufhebung des Urteils in Ansehung der Nichtrevidenten darf nicht etwa deshalb unterbleiben, weil für sie in dem neueren Verfahren eine mildere Strafe nicht zu erwarten steht. So die herrschende Meinung[1]). Nur Stenglein nimmt in Anlehnung an eine Reichsgerichtsentscheidung[2]) an, daß, falls eine materielle Rechtsbeschwerde zwar begründet ist, sich auch auf nichtrevidierende Angeklagte erstreckt, aber diese nicht beschwert, das Urteil auf diese nicht auszudehnen sei. Mit Recht bemerkt Keller, daß dies ein Übergriff in das dem Revisionsgericht entzogene tatsächliche Gebiet bedeute.

Nach erfolgter Aufhebung des Urteils ist der Nichtrevident in jeder Beziehung so zu behandeln, wie wenn die Revision von ihm selbst eingelegt gewesen wäre. Er ist also, wenn die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz erfolgt, wie eben erwähnt, zu dem weiteren Verfahren hinzuziehen. Hatte er die gegen ihn erkannte Strafe bereits angetreten, was durchaus möglich ist, wie wir gleich sehen werden, so wird die weitere Voll-

---

[1]) Löwe, Kries, S. 691, Bennecke, S. 770, Keller.

[2]) In dieser Entscheidung (RGE. 3, 283), bei welcher eine Tat als Untreue statt als Diebstahl beurteilt war, wurde gegen den revidierenden Angeklagten das Verfahren eingestellt, weil der wegen eines persönlichen Verhältnisses nach § 247 StGB. erforderliche Antrag nicht gestellt war. § 397 StPO. wurde dann für nicht anwendbar erklärt, da die Mitangeklagte nicht zu hart beurteilt war.

streckung der Strafe an ihm unzulässig, da ein Urteil, welches rechtlich nicht mehr existiert, nicht mehr Gegenstand einer Vollstreckung sein kann. Der Angeklagte ist daher, je nachdem er vor dem Antritt der Strafe sich in Freiheit oder in Untersuchungshaft befunden hat, aus der Strafanstalt oder aus dem Gefängnisse zu entlassen oder bis zur Erledigung des Verfahrens wieder in Untersuchungshaft zu nehmen[1]).

Gegen das neue Urteil steht dem Nichtrevidenten die Revision zu. Daß die Abänderung des Urteils nie zu seinem Nachteile ausschlagen darf, wurde als selbstverständlich erachtet[2]). Das Verbot der reformatio in peius (§ 398 Abs. 2) erschien daher zu seinen gunsten überflüssig. Aus § 398 Abs. 2 folgt auch weiter, daß wenn abermals eine Strafe verhängt wird, auf diese der etwa verbüßte Strafteil aus dem aufgehobenen Urteil in Anrechnung gebracht werden muß, obwohl es eines besonderen Ausdruckes im Urteile hierzu nicht bedarf (RGE. 40, 219).

III. § 12.

§ 397 und die Strafvollstreckungsfrage.

Zu einer weiteren lebhaften Kontroverse gibt § 397 Anlaß, wenn man ihn mit § 481 in Verbindung bringt. Es taucht hier die für die Praxis wichtige Frage auf, ob, wenn mehrere Angeklagte durch ein Urteil wegen desselben Delikts zu Strafe verurteilt sind, einer

---

[1]) L. Weichert, Grundzüge der Strafvollstreckung nach Reichsrecht, Leipzig 1902, S. 16.

[2]) Hahn, Materialien Bd. I, S. 1055.

von ihnen aber die Revision eingelegt hat, dessenungeachtet die Strafe an den übrigen zu vollstrecken, oder ob die Vollstreckung im Hinblick auf § 397 bis zur definitiven durch das Rechtsmittel des ersteren veranlaßten Entscheidung auszusetzen ist. Gegen den Aufschub der Strafvollstreckung erklären sich Löwe, Stenglein, Keller, Puchelt, v. Schwarze (Holtzendorffs Handb. II, S. 246), Kries, S. 760, Ullmann, S. 644; für den Aufschub sind Voitus (Kontroversen II, S. 59), Bennecke-Beling, S. 619, Isenbart. Eine vermittelnde Ansicht vertreten Dalcke und Meves (Holtzendorffs Handb. II, S. 477). Die Ansicht der ersteren verdient aus Rechtsgründen den Vorzug.

§ 481 bestimmt: „Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind."

Ein Urteil ist rechtskräftig:

1. wenn alle zulässigen Rechtsmittel erschöpft sind, also in letzter Instanz erkannt ist;

2. wenn alle zur Ergreifung von Rechtsmitteln berufenen Personen auf dieselben verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen haben;

3. wenn für alle die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist.

Nach § 383 wird durch die von einem Angeklagten eingelegte Revision die Rechtskraft des gegen mehrere Angeklagte ergangenen Urteils nur in Ansehung seiner Verurteilung gehemmt. Die Strafvollstreckung gegen die übrigen ist also zulässig, sobald ihnen gegenüber die Rechtskraft des Urteils eingetreten ist. Sollte demnächst gemäß § 397 die Aufhebung des Urteils zugunsten eines

Nichtrevidenten notwendig werden, so wird auch die bereits ihm gegenüber eingetretene Rechtskraft wieder aufgehoben. Es liegt dann ein Fall der sog. vorübergehenden Rechtskraft vor, wie im § 2 dieser Arbeit näher erörtert wurde.

Aus den §§ 397, 481 ist nicht zu entnehmen, daß bei mehreren Angeklagten, um die Vollstreckung auch nur einem gegenüber zu ermöglichen, die Rechtskraft allen gegenüber eingetreten sein müßte, und die Revision des einen Angeklagten die Strafvollstreckung auch gegen die übrigen hindere. Kommt doch die Wirkung der eingelegten Revision nach dem Wortlaute des § 397 einem Nichtrevidenten erst vom Zeitpunkt des damit erreichten Erfolges an zustatten. Löwe[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß, da § 397 Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes voraussetzt, erst aus der Begründung der Revision, nicht aber schon bei Einlegung der letzteren, sich erkennen läßt, ob die Anwendung des § 397 überhaupt in Frage kommt. Die Revisionsbegründung gelangt aber oftmals erst nach Verlauf mehrerer Wochen an das Gericht; es müßte also, vom Standpunkt der entgegengesetzten Ansicht aus, häufig die Vollstreckbarkeit des Urteils gegen die Nichtrevidenten längere Zeit ungewiß bleiben.

Diejenigen Schriftsteller, die mit Rücksicht auf die nach § 397 mögliche Rückwirkung des nur von einem Angeklagten eingelegten Rechtsmittels auf die andern, diesen gegenüber die Vollstreckung des für sie formell

---

[1]) Löwe, Note 4 zu § 481.

rechtskräftigen Strafurteils bis zur allen gegenüber eingetretenen Rechtskraft aussetzen wollen, stützen sich vor allem darauf, daß durch die sofortige Vollstreckung der Zweck des § 397 verfehlt werden könne[1]). Es ist ihnen ohne weiteres zuzugeben, daß die tatsächliche Erreichung des mit § 397 beabsichtigten Zweckes durch die sofortige Vollstreckung gefährdet werden kann. Das beweist aber nur, zu welchen unheilbaren Konsequenzen singuläre, das Strafverfahren durchbrechende Vorschriften führen können, berechtigt aber nicht, § 481, wie Voitus es tut, so auszulegen, daß eine nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung erkannte Strafe so lange nicht vollstreckbar sei, als infolge eines gleichviel von wem eingelegten Rechtsmittels eine Aufhebung oder Minderung derselben eintreten könne.

Isenbart verneint überhaupt die Rechtskraft des Strafurteils gegenüber dem Nichtrevidenten und damit die Zulässigkeit der Strafvollstreckung, indem er völlig willkürlich die Definition aufstellt, Rechtskraft bedeute Ausschluß der Möglichkeit einer Änderung der Entscheidung durch ein noch statthaftes ordentliches Rechtsmittel.

Dalcke hält es für richtig, gegen den Willen der Nichtrevidenten die Strafe nicht zu vollstrecken; dagegen würde es seiner Ansicht nach eine Härte involvieren, dem verhafteten Angeklagten den Antritt der Strafe auch dann nicht zu gestatten, wenn er dies selbst beantragt. Ihn widerlegt Löwe treffend mit dem Hinweis,

[1]) Vgl. Tittmann, Neues Arch. d. Krim.-Rechts, 1820, S. 215.

daß es auf den Willen des Verurteilten hinsichtlich der gesetzlichen Zulässigkeit der Vollstreckung nicht ankommt.

Den Weg zu einer befriedigenden Lösung des durch §§ 397, 481 hervorgerufenen Konfliktes hat der preußische Justizminister in einer Verfügung vom 20. Mai 1887 beschritten[1]); er empfiehlt es in solchen Fällen, in denen mit einigem Grund vorauszusehen ist, daß das Revisionsgericht § 397 anwenden werde, die Vollstreckung bis zur Erledigung der eingelegten Revision aufzuschieben, sofern diese nicht aus besonderen Gründen, z. B. wegen Fluchtgefahr, nötig erscheint.

Der Vorschlag des Amtsgerichtsrats Volkmar[2]), in allen diesen Fällen die obligatorische Aufschiebung der Strafvollstreckung im Gesetzeswege durch einen Zusatz zu § 397 festzulegen, dürfte weniger zweckmäßig sein, als die eben erwähnte Verfügung des Justizministers, die es den Behörden ermöglicht, ihre Entscheidung der ganzen Sachlage des konkreten Falles anzupassen.

IV. § 13.

Ausdehnung des § 397 auf die Berufung.

Der Grundsatz des § 397 gilt nur für die Revision[3]). Sollte er einer Schädigung der Gerechtigkeit vorbeugen, so hätte er auch für den Fall der Berufung gesetzgeberisch zur Geltung gebracht werden müssen, wenn

---

[1]) Müller, Preuß. Justizverw. II, S. 1771.
[2]) DJZ. Bd. 12, S. 703.
[3]) Entsch. d. Reichsmil.-Ger. Bd. 6, S. 176.

der nur von einem der in erster Instanz Verurteilten angerufene Berufungsrichter den Appellanten lediglich aus solchen Gründen freispricht, die auch auf dessen Komplizen, welche sich bei dem Urteil beruhigt haben, Anwendung finden.

Die deutsche Strafprozeßordnung zieht im Gegensatz zum § 477 der österreichischen Strafprozeßordnung diese Folgerung nicht und macht sich daher einer in keiner Weise gerechtfertigten Inkonsequenz schuldig[1]).

Das Fehlen einer dem § 397 analogen Bestimmung bei der Berufung läßt sich auch nicht damit begründen, daß nur in der Revisionsinstanz ihre Voraussetzungen gegeben sein könnten, da nur dann, wenn die Verurteilung eines von mehreren Angeklagten aus Rechtsgründen aufgehoben würde, dies auch für die andern Angeklagten, bezüglich derer dieselbe tatsächliche Feststellung getroffen sei, materiell zutreffe. Riedinger[2]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß dieser Fall auch in der Berufungsinstanz eintreten könne, da ja auch diese in der Lage sei, die tatsächliche Feststellung des ersten Richters vollständig aufrecht zu erhalten, und das Urteil nur aus Rechtsgründen aufzuheben. Daß aber auch bei einer Aufhebung aus rein tatsächlichen Gründen sich eine Sachlage ergeben kann, die der in § 397 vorausgesetzten vollständig entspricht, zeigt Riedinger an folgendem Fall:

A und B geraten mit C in Streit, in dessen Verlauf beide den C schlagen. C lehnt es ausdrücklich ab, Straf-

[1]) So Löwe, Thilo, Voitus.
[2]) DJZ. Bd. 10, S. 958.

antrag wegen Körperverletzung zu stellen; die erste Instanz verurteilt aber A und B wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung unter der Feststellung, daß beide gleichzeitig den C geschlagen haben. Gegen A wird dieses Urteil rechtskräftig; auf die Berufung des B wird in zweiter Instanz festgestellt, daß A und B nicht gleichzeitig, sondern nach einander geschlagen haben, und zwar mit einem so langen zeitlichen Zwischenraum, daß die Körperverletzung aus tatsächlichen Gründen nicht mehr als gemeinschaftlich angesehen werden kann. Infolgedessen muß das Urteil bezüglich des B aufgehoben und das Verfahren gegen ihn mangels Strafantrages eingestellt werden. Auch hier wäre es doch nur recht und billig, wenn der Berufungsrichter in der Lage wäre, das erste Urteil auch zugunsten des A aufzuheben.

Der Erkenntnis, daß die Logik eine Ausdehnung des § 397 auch auf die Berufung erheischt, hat sich der Reichstag nicht verschlossen. Als ihm im Jahre 1895 der Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen und Ergänzungen des GVG. und der StPO. vorgelegt wurde, wurde in der diesen Entwurf beratenden Kommission in beiden Lesungen der Antrag einstimmig angenommen[1]), einen § 371a einzuschalten, der die Ausdehnung der Bestimmung des § 397 auf die Berufung enthält. Auch ein Antrag Rintelen aus dem Jahre 1899[2]) und ein Antrag Lenzmann-Munkel[3]) aus

[1]) Reichstag-Drucks. 1895/96, Nr. 224.
[2]) Reichstag-Drucks. 1898/99, Nr. 203.
[3]) Reichstag-Drucks. 1900/1901, Nr. 220.

dem Jahre 1901 forderten eine dem § 397 entsprechende Berufungserstreckung; sie stießen jedoch auf den Widerstand der Reichsregierung, die sich auf den Standpunkt stellte, daß die Anträge für diejenigen Verurteilten eher nachteilig als vorteilhaft wären, die sich bei dem Urteil beruhigt hätten und nun gegen ihren Willen in eine neue Prozedur hineingezogen würden. Daß diese Bedenken aber auch für § 397 zutreffen, wenn das Revisionsgericht zurückverweisen muß, haben wir gesehen.

Die vom Reichsjustizamt einberufene Kommission für die Reform des Strafprozesses hat gleichfalls zu dieser Frage Stellung genommen und folgenden Beschluß gefaßt:

„Es sollen Bestimmungen getroffen werden, welche dem Grundsatze des § 397 für die Berufung entsprechende Anwendung geben" (Beschluß 224).

Der Beschluß ist absichtlich so allgemein gefaßt und will nur das Prinzip zum Ausdruck bringen, die Frage der Gestaltung aber in Berücksichtigung der prozessualen Schwierigkeiten offen lassen.

Eine der Schwierigkeiten[1]), die sich bei einer Ausdehnung des Rechtsgedankens des § 397 auf die Berufung gegenüber seiner Beschränkung auf die Revisionsinstanz ergibt, liegt darin, daß das Berufungsurteil kein endgültiges ist, vielmehr auf die Revision der Staatsanwaltschaft und des Privatklägers wieder aufgehoben werden kann. Es kann daher die Möglichkeit eintreten, daß das dem Angeklagten günstige Berufungs-

[1]) Das folgende nach Prot. I, S. 489, II, 155.

urteil wieder geändert und er schließlich zu der gleichen Strafe verurteilt wird, wie sie im ersten Urteil gegen ihn ausgesprochen war. In einem derartigen Falle würde die Wirkung der dem Nichtappellanten zugedachten Wohltat nur in erhöhten Kosten und in einer ihm vielleicht selbst unerwünschten Hinausschiebung der Strafvollstreckung bestehen; unerfreuliche Begleiterscheinungen, wie sie zwar auch bei § 397 eintreten können, aber sich bei der Berufungserstreckung in noch verstärktem Maße zeigen würden. Zur Vermeidung diesesÜbelstandes wurde in der Kommission von einer Seite angeregt[1]), ob nicht den Mitangeklagten wenigstens das Recht zu gewähren sei, auf die ihm zugedachte Wohltat zu verzichten, da sie ihm Schaden bringen könne. Es sei genügend, wenn dem in erster Instanz rechtskräftig verurteilten Angeklagten nach der Freisprechung des Mitangeklagten in der Berufungsinstanz die Wahl gelassen werde, ob er eine neue Verhandlung der Berufungsinstanz gegen sich und die einstweilige Aussetzung der Strafvollstreckung verlangen oder es bei dem erstinstanzlichen Urteil bewenden lassen wolle. Dem wurde entgegnet, daß man es nicht von dem Belieben eines Angeklagten abhängig machen könne, ob er eine vielleicht ungerechtfertigte Verurteilung auf sich nehmen wolle.

Es liegt auf der Hand, daß sich die singuläre Ausnahmebestimmung des § 397 schon aus diesen Erwägungen am besten für endgültig entscheidende Gerichte eignet. Daß sie aber auch theoretisch nur gegenüber einer die Rechtsfrage endgültig entscheidenden Instanz haltbar

[1]) Prot. II, S. 157.

sei, wie in der Kommission von einer Seite behauptet wurde[1]), erscheint zweifelhaft. Diese Behauptung stützt sich auf die m. E. falsche Konstruktion, daß die Ausdehnung des § 397 auf die Berufung zu einer bedingten Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils führen muß, insofern als die Aufhebung des ersten Urteils nur unter der gesetzlichen Bedingung erfolgen kann, daß das Berufungsurteil seinerseits im Revisionsverfahren nicht wieder aufgehoben wird. Hierin würde allerdings ein außerhalb des Wiederaufnahmeverfahrens kaum noch zu rechtfertigender Einbruch in die Grundsätze der Urteilsrechtskraft liegen. Der Berufungsrichter hebt nun aber niemals das erstinstanzliche Urteil bedingt auf, sondern unbedingt; ob letzteres wie in unserm Falle für den Nichtappellanten schon rechtskräftig war, ändert hieran nichts. Wird das Berufungsurteil seinerseits wieder aufgehoben, so ist damit das erste Urteil nicht schon wieder hergestellt, sondern es bedarf einer neuen Entscheidung, die allerdings mit der ersten konform sein kann. Grundlage der Vollstreckung ist dann aber niemals das erste unbedingt aufgehobene Urteil. Das Berufungsgericht hebt unbedingt auf, entscheidet aber bedingt.

Auch das Verfahren kann unter Umständen Schwierigkeiten bereiten. Wenn man annimmt, daß A und B in erster Instanz verurteilt sind, und A allein mit Erfolg Berufung einlegt, so kommen in der Hauptsache zwei Möglichkeiten in Betracht[2]):

[1]) Prot. II, S. 155.

[2]) Das folgende nach Prot. II, S. 155.

1. Das Berufungsgericht ist nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung in der Lage, auch bezüglich des B auf Freisprechung, Einstellung, Fortfall einer strafschärfenden Qualifikation, oder einer Verurteilung wegen eines ideal konkurrierenden Reates zu erkennen. Dieser Fall bereitet keine besondern Schwierigkeiten.

2. Es sind noch weitere Beweiserhebungen erforderlich, und das Berufungsgericht kann nicht sofort ohne Hinzuziehung des B entscheiden. In solchen Fällen kann zwar das Revisionsgericht den § 397 in der Weise zur Anwendung bringen, daß es das erste Urteil auch bezüglich desjenigen Mitverurteilten, der keine Revision eingelegt hat, aufhebt und die Sache zur erneuten Verhandlung auch gegen ihn in die erste Instanz zurückverweist. Das Berufungsgericht muß aber selbst in der Sache entscheiden. Es muß also durch das Gesetz die Befugnis erhalten, durch Beschluß die Hinzuziehung des B anzuordnen, damit dieser gehört werde. Für die Zuziehung des B zum Berufungsverfahren eröffnen sich wiederum zwei Möglichkeiten:

a) Das Berufungsgericht beschließt die Zuziehung des B zum Verfahren in einer anderweit anzuberaumenden Hauptverhandlung und verhandelt dort die ganze Sache von neuem.

b) Das Berufungsgericht hebt das erste Urteil auch bezüglich des B auf und behält sich für diesen allein die Aburteilung in einer zweiten Berufungshauptverhandlung vor.

In jedem Falle ist also eine fernere Verzögerung und weitere Belästigung der Zeugen und Sachverständigen unvermeidbar. Beide Möglichkeiten führen aber auch nur dann zu dem erstrebten Ergebnis, wenn man das in der zweiten Hauptverhandlung tagende Berufungsgericht in Ausdehnung des § 398 Abs. 1 an die jenem Beschlusse oder Urteile zugrunde gelegte rechtliche und tatsächliche Beurteilung gebunden erklärt. Und doch ist jene rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz anfechtbar! Dies Ergebnis ist unhaltbar und zeigt am besten die Schwierigkeiten, die sich an den Versuch knüpfen, einem nur bedingt entscheidenden Gericht eine dem § 397 entsprechende Befugnis zu geben.

In Berücksichtigung dieser prozessualen Schwierigkeiten lehnte die Reformkommission es ab, selbst Vorschläge zu machen und beschränkte sich, wie erwähnt, darauf, die Ausdehnung des § 397 auf die Berufungsinstanz zu empfehlen. „Es werde bei der Aufstellung des Entwurfs entweder eine Vorschrift gefunden werden müssen, die das Verfahren für alle in Betracht kommenden Fälle in angemessener Weise regele, oder es werde in das Gesetz selbst nur der Grundsatz aufzunehmen, die Anwendung im einzelnen aber der gerichtlichen Praxis zu überlassen sein[1])."

Der letzte Entwurf hat keins von beiden getan, wohl weil die prozessuale Gestaltung der Frage aus den gezeigten Gründen undurchführbar erschien.

---

[1]) Prot. II, S. 158.

D. Schluß.

§ 14.

Schlußbetrachtung.

§ 397 hat infolge seiner wenig glücklichen Fassung, wie wir gesehen haben, viele Meinungsverschiedenheiten und Zweifel hervorgerufen. Seine Reformbedürftigkeit in dieser Beziehung wird allseitig anerkannt. Die Kritik hat sich jedoch nicht nur gegen die redaktionelle Fassung und inkonsequente sachliche Beschränkung des § 397 gewandt, nein, der ganze in ihm zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke erscheint manchem verfehlt, unklar und undurchführbar.

In der Tat spricht manches für die Beseitigung des § 397.

Die unserm Paragraphen in dem Berichte der Reichstagsjustizkommission zuteil gewordene Begründung muß zunächst als äußerst schwach bezeichnet werden. Wenn es dort heißt[1]): „Es enthalte eine schwere Schädigung der Gerechtigkeit, wenn einer von mehreren Komplizen auf Grund der von ihm allein eingelegten Revision von der Strafe befreit werde, während die übrigen Komplizen, sofern sie dieselbe Revision eingelegt hätten, gleichfalls Freisprechung erlangt haben würden, nunmehr aber die Strafe, die durch die Entscheidung des Revisionsgerichtes als eine ungerechtfertigte bezeichnet worden sei, dessen ungeachtet an ihnen vollstreckt werde, weil sie von dem Rechtsmittel

[1]) Hahn, Materialien Bd. II, S. 1583.

der Revision keinen Gebrauch gemacht hätten", so ist hier nur an den Fall gedacht, daß der Revisionsrichter den Revidenten und dann auf Grund des § 397 den Nichtrevidenten freispricht. Gerade dieser Fall wird aber äußerst selten eintreten. Es wird so leicht kein Verurteilter, der das Bewußtsein seiner Unschuld in sich trägt, sich entsagend bei dem Urteil beruhigen, wenn ihm noch ein Rechtsmittel zu Gebote steht; er wird dies um so eher einlegen, als er ja das Beispiel eines gemeinsam mit ihm Verurteilten vor Augen hat[1]). Der Regelfall wird vielmehr der sein, daß das Revisionsgericht auf Grund einer abweichenden rechtlichen Beurteilung das Urteil aufhebt, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverweist und eine abermalige Verurteilung erfolgt. Daß in derartigen Fällen, die dem Nichtrevidenten wider seinen Willen von Amtswegen aufgedrungene Wohltat trotz des Verbotes der reformatio in peius unter Umständen zur Plage für ihn werden kann, haben wir in § 11 der Arbeit gesehen. Es ist also Voitus de lege ferenda Recht zu geben, wenn er in allerdings etwas einseitiger Hervorhebung der mit § 397 möglicherweise verbundenen Nachteile sagt:

„Die erfahrungsgemäß äußerst seltenen Fälle, in denen sich das Bedürfnis einer Hilfe, wie die durch den § 397 dargebotene, geltend macht, können es nicht rechtfertigen, daß die heilig gehaltenen Grundsätze von der Rechtskraft der von den Beteiligten nicht an-

[1]) Voitus, Kontroversen II, S. 45.

gefochtenen Judikate über den Haufen geworfen werden[1])."

Eine so singuläre, die Grundsätze der Rechtsmittellehre und der Rechtskraft durchbrechende Vorschrift, wie die des § 397, kann nur unter der Bedingung Daseinsberechtigung haben, daß sie den mit ihr verfolgten Zweck — Schutz der materiellen Wahrheit zugunsten der kein Rechtsmittel einlegenden Komplizen — auch in befriedigender Weise verwirklicht ohne zugleich nachteilige, unbeabsichtigte Wirkungen auszulösen. Diese Bedingung wird durch § 397 jedoch nicht erfüllt. Hängt doch die durch unsern Paragraphen dem Nichtrevidenten gewährte Rechtswohltat von einem ganz zufälligen, rein formalen Gesichtspunkte, nämlich der gleichzeitigen Aburteilung in einem Verfahren durch ein Urteil ab und k a n n auch nur davon abhängen, wie im § 8 dieser Arbeit erörtert wurde, wenn man nicht, sobald ein Teilnahmeverhältnis im Sinne des § 3 und getrennte Aburteilung vorliegt, zugunsten der Angeklagten das später erkennende Gericht an die Ansicht des ersten Gerichtes binden, resp. ihm die Befugnis geben will, das Urteil des ersten Gerichtes aufzuheben, was dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung widersprechen und Rechtsvermutungen und gesetzliche Beweisregeln einführen würde, wie sie die Strafprozeßordnung perhorresziert. Eine solche Regelung der Frage würde überdies mit der Preisgabe der Grundsätze von der Rechtskraft gleichbedeutend sein.

---

[1]) V o i t u s, Komm., S. 310.

Der Formalismus der Rechtskraft läßt sich nun einmal in der Praxis nicht entbehren. Dieser von dem Regierungsvertreter bei Bekämpfung der Einschaltung des § 397 gemachten Bemerkung wurde von der Kommissionsmehrheit der Grundsatz entgegengestellt: Der Formalismus müsse den Postulaten der Gerechtigkeit dienen, nicht aber ihnen widerstreben. Treffend bemerkt hierzu Voitus[1]): Wäre dieser Grundsatz in seiner Allgemeinheit richtig, so würde es doch für eine auffallende Inkonsequenz gelten müssen, wenn man einem solchen Verurteilten, welcher ein Rechtsmittel, im Bewußtsein, die Strafe verdient zu haben, nicht einlegen will, die Wirkungen des Rechtsmittels eines andern zustatten kommen läßt, und dagegen eine von dem Angeklagten rechtzeitig mit dem Verlangen der Freisprechung eingelegte Revision — auch wenn von der Staatsanwaltschaft und dem Revisionsgericht anerkannt wird, daß das angefochtene Urteil ihm durch Gesetzesverletzung schweres Unrecht zugefügt habe — lediglich aus dem Grunde a limine zurückweist, weil der Schreiber des Rechtsanwaltes den Schriftsatz des letzteren aus Versehen ohne dessen Unterschrift abgesandt hat (§ 385 StPO.).

Einem Rechtsgedanken, der das sich gesteckte Ziel im Rahmen des heutigen Strafverfahrens niemals vollständig erreichen kann, kann nicht die Kraft zugesprochen werden, eine Bresche in die Rechtskraft-

---

[1]) Voitus, Kontroversen Bd. II, S. 46.

grundsätze zu legen. Aus diesem Grunde muß die Aufhebung des § 397 gefordert werden.

Voitus und andere Gegner des § 397 empfehlen diesen Weg unter dem Hinweis darauf, daß die landesherrliche Gnade in besonders krassen Fällen die materielle Gerechtigkeit versöhnen könne. Hierauf wird stets mit Recht entgegnet, daß, sobald ein Gebot der Gerechtigkeit als vorliegend anerkannt wird, der Gnadenweg nicht ausreicht. Rechtsprechung in Form der Gnade ist eine Art Profanation. Es besteht ein tiefer Unterschied, ob einem zu Unrecht Verurteilten nicht im Rechtswege, sondern nur durch einen Gnadenakt geholfen werden kann.

Mit der Beseitigung des § 397, der in seiner jetzigen Stellung in der Strafprozeßordnung eine nicht zu rechtfertigende Anomalie bedeutet, ist man jedoch für die Fälle, in denen § 397 sich wirklich nützlich und wertvoll zeigt, auf den Gnadenweg nicht angewiesen. Zu dem in § 397 tatsächlich erreichten Ziele führt nämlich noch ein anderer, dem Rahmen der heutigen Strafprozeßordnung sich besser einfügender Weg, der manche Vorteile vor dem bis jetzt eingeschlagenen hat, ohne seine Nachteile zu teilen: Das ist die gesetzgeberische Verwertung des Grundgedankens des § 397 im Wiederaufnahmeverfahren.

Der an keine Fristen gebundene Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ist der natürliche Rechtsbehelf gegen rechtskräftige Urteile, deren materielle Grundlage sich als falsch herausstellt. Schon bei der Beratung des § 397 in der Reichstagsjustizkommission

wurde von dem Abgeordneten Wolffson die Frage angeregt, ob nicht der Rechtsgedanke eher in das Wiederaufnahmeverfahren als in das Rechtsmittelverfahren gehöre[1]). Damals hielt die Kommissionsmehrheit den von Schwarze eingeschlagenen Weg für einfacher und zweckmäßiger. Dies mag richtig sein, so lange man den Rechtsgedanken nur auf das Rechtsmittel der Revision anwendet. Daß diese Beschränkung durch innere Gründe nicht gerechtfertigt ist, ist im § 13 der Arbeit gezeigt; ebenso daß die analoge Ausdehnung des Gedankens auf die Berufung, obwohl dringend notwendig, an prozessualen Schwierigkeiten scheitert.

Einen Ausweg aus dieser schwierigen Lage glaubte ein Mitglied der Reformkommission durch seinen Vorschlag gefunden zu haben, bei einer rechtskräftigen Abänderung des Urteils zugunsten eines Mitangeklagten in der Berufungsinstanz unter den gleichen Voraussetzungen, wie denen des § 397, dem in der ersten Instanz rechtskräftig Verurteilten ein Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu geben[2]). Dieser Vorschlag wurde mit Recht abgelehnt, „da es eine nicht zu billigende Zwiespältigkeit darstellen würde, wenn man für die in der Revisionsinstanz ergehenden Urteile den § 397, dagegen für die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile bei im wesentlichen gleicher Sachlage ein Wiederaufnahmeverfahren Platz greifen lasse".

Mit der Beseitigung des § 397 und der Einführung eines Antragsrechts auf Wiederaufnahme des Verfahrens

[1]) Hahn, Materialien Bd. I, S. 1056.
[2]) Prot. II, S. 262.

gegen rechtskräftige Berufungs- und Revisionsurteile unter den eben erwähnten Voraussetzungen fällt dieses Bedenken weg.

Gegen eine solche Gestaltung kann man nicht einwenden, daß sie praktisch wertlos sei, weil der kein Rechtsmittel einlegende Angeklagte beim Eintritt der Rechtskraft des abändernden günstigen Urteils für den Komplizen, seine Strafe bereits verbüßt haben werde; auch nicht daß die Herbeiführung des erstrebten Erfolges nur dann verbürgt werden könne, wenn die in dem Wiederaufnahmeverfahren erkennenden Gerichte (gem. § 398 Abs. 1) an die tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Sache durch dasjenige Gericht, dessen dem einen Angeklagten günstige rechtskräftige Entscheidung das Wiederaufnahmeverfahren veranlaßt hat, gebunden werden; denn, wie wir gesehen haben, lassen sich dieselben Argumente in gleicher Weise auch gegen die jetzige Regelung der Frage im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens vorbringen.

Der Hauptvorteil der vorgeschlagenen Änderung würde darin liegen, daß, während der Nichtrevident nach Aufhebung des Urteils auf Grund des § 397, sobald Zurückverweisung erforderlich ist, auf Grund desselben Strafgesetzes zu derselben Strafe verurteilt werden kann, er bei Einfügung des § 397 in das Wiederaufnahmeverfahren das Schicksal, das sich ihm bei seinem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens bieten kann, klar vor Augen sieht, da das Urteil, das die Richtschnur des Wiederaufnahmeverfahrens bildet, ja rechtskräftig ist.

Es kann demnach sein Antragsrecht auf Wiederaufnahme des Verfahrens auf die Fälle beschränkt werden, wo sich ihm der Rechtsgedanke auch wirklich als Wohltat erweist, also auf die Fälle, in denen sein Komplize in einer höheren Instanz rechtskräftig freigesprochen oder auf Grund eines milderen Strafgesetzes verurteilt wurde.

Lebenslauf.

Ich, Herbert Smith, bin geboren am 30. November 1888 in Hamburg. Von Ostern 1898 bis Ostern 1907 besuchte ich das Wilhelm-Gymnasium daselbst. Nach bestandener Reifeprüfung wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und studierte an den Universitäten Oxford (2 Semester), Grenoble, Freiburg i. B. (2 Semester), München, Straßburg, und wiederum Freiburg. Im Herbst 1911 bestand ich in Karlsruhe die erste juristische Prüfung. Nach meiner Ernennung zum Referendar wurde ich dem Hamburger Amtsgericht zur weiteren Ausbildung überwiesen.